

جامعة المنصورة
كلية الحقوق

المدخل للعلوم القانونية

النظرية العامة للحق

الدكتـــور
أحمد السعيد الزقرد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
مدير مركز الدراسات والاستشارات القانونية
والمحامى لدى محكمة النقض

خطة الدراسة :

١ – إذا كانت لفظة القانون شائعة، فمن المسلم به أن لكلمة الحق نفس الشيوع، وتستخدم بصورة متكررة فى حياة كل فرد، فنقول مثلاً هذا الحق، وهذا حقى، ونحو ذلك.

والحق Le droit subjectf استئثار أو اختصاص شخص بقيمة معينة، مالية او أدبية يعترف بها القانون.

وبذا، يظهر الارتباط وثيقا بين القانون والحق، فالقانون– فيما رأينا[١] مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم الروابط الاجتماعية. والمعنى أن القانون يقرر ماهية المصلحة المشروعة لكل شخص، ويبين ما لصاحب هذه المصلحة من مزايا أو سلطات، ويرسم حدود هذه السلطات أو المزايا.

وعليه فلا وجود للحق إلا بالاستناد إلى قواعد القانون والتمتع بحمايته. على أن دور القانون لا يقف عند حماية الحقوق، فهو الذي ينشئها ابتداء، ويبين مداها أو نطاقها.

٢ – وتنقسم الحقوق ، بصفة عامة إلى حقوق سياسية Droits Politiques، وحقوق غير سياسية، أو مدنية Les droits civils والأولى قاصرة على المواطنين، والثانية يمكن للكافة التمتع بها.

وتنقسم الحقوق المدنية بدورها الى حقوق عامة، وحقوق خاصة، والأولى تقررها قواعد القانون العام، وتسمي بحقوق الإنسان Les

(١) الكتاب الأول من المدخل للعلوم القانونية.

droits de l"homme ، او الحقوق الطبيعية، بما فى ذلك الحق فى *التنقل*، والحق فى الحياة، والحق فى إبداء الرأى، وحق الاجتماع... إلخ.

أما الحقوق الخاصة فهى التى تقررها قواعد القانون الخاص، بما فى ذلك القانون المدنى، أو قانون العمل، وغيره وتنقسم بدورها إلى حقوق الأسرة، والحقوق المالية، والأولى، سلطات يعترف بها قانون الأحوال الشخصية لبعض الأشخاص بسبب صلة القرابة، أو الزواج أو المصاهرة، بما فى ذلك سلطة الأب قبل أولاده، وسلطة الزوج قبل زوجته. كما تفرض عليهم واجبات محددة، وفيها يبين التلازم جليا بين الحق والواجب، وتسمى حقوق الأسرة Droits matrimoniaux أما الحقوق المالية droit patriminaux فهى سلطات يقررها القانون المدنى. و تنقسم بدورها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية، وحقوق الملكية الفكرية، والأولى تنقسم إلى نوعين والثانية والثالثة إلى ثلاثة على ما سنرى حالاً.

وفى كل الحالات فإن الحق لا يقوم إلا على أركان ثلاثة، هى الشخص، وموضوع الحق أو محله، والحماية القانونية المقررة.

وأخيراً، فإن مصادر الحق متعددة، وتتمثل فى التصرف القانونى (العقد أو الإرادة المنفردة)، والواقعة القانونية (العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون). ولايتمكن صاحب الحق من التمتع بمركزه ما لم يعترف له الكافة به، فإن نازعه أحد فى حقه وجب عليه إثباته.

وأخيراً، يتعين على صاحب الحق استعماله الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته، فإن كان استعماله لحقه غير مشروع، اعتبر متعسفاً فى استعمال الحق.

٣ – وتبعا لذلك نوزع دراستنا فى النظرية العامة للحق على أبواب أربعة:

الباب الأول : أركان الحق.

الباب الثانى: مصادر الحق.

الباب الثالث : إثبات الحق.

الباب الرابع : استعمال الحق.

ولكننا نقدم لذلك بفصل تمهيدى نتناول فيه الحق بوجه عام.

الفصل التمهيدى

الحق بوجه عام

تمهيد وتقسيم :

٤ - اختلف الفقه بداية فى تحديد المقصود بالحق، وظهر لذلك نظريات عدة، بعضها كلاسيكى، والآخر حديث، يتمثل فى نظريات الإرادة والمصلحة، والجمع بين الإرادة والمصلحة، ونظرية الاستئثار والتسلط.

فإذا انتهينا من تعريف الحق، يتعين القول بأن الحقوق أنواع بعضها حقوق سياسية وحقوق غير سياسية، وتنقسم الأخيرة إلى حقوق عامة، وحقوق خاصة، ويتفرع عن الأخيرة بدورها حقوق الأسرة، والحقوق المالية، وتنقسم الأخيرة إلى الحقوق العينية، والحقوق الشخصية، والحقوق الذهنية، «أو حقوق الملكية الفكرية» على ما ورد بالقانون الجديد ٢٠٠٢/٨٢(١)

٥ - ونعرض بداية، لتعريف الحق، فى مبحث أول، على أن نتناول أنواع الحقوق، فى مبحث ثان.

(١) منشور بالجريدة الرسمية ٢ يونيه ٢٠٠٢ عدد ٢٢ مكرر.

المبحث الأول

تعريف الحق

وضع المسألة:

٦ - قدمنا بأن تعريف الحق قد أثار جدلا واسعا فى الفقه ولم ينعقد الإجماع بعد على وضع تعريف له. وقد ترتب على صعوبة وضع تعريف الحق أن نادى البعض بإنكار فكرة وجود الحق وذاته[١].

وليس من قصدنا أن نعرض تفصيلا لكل الآراء التى قيلت فى هذا الشأن لكننا يمكن أن نميز بسهولة الاختلاف القائم بين الفقه الكلاسيكى والفقه الحديث فى تعريف الحق، وهذا ما نوضحه فيما يلى:

---

(١) كان على رأس هؤلاء الفقهاء Duguit فى كتابه الشهير
Traité de droit constitutionnel - T - 1, 1921
انظر تفصيلا عند توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط ١٩٧٥، ص ٤٤٤ وما بعدها، حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، ١٩٧٩، ص ٩ وما بعدها.
وانظر أيضاً: Ghestin فى مؤلفه
Treaité de droit civile,T-1 in introductin, p. 142
انظر كذلك محمد شكرى سرور، النظرية العامةللحق، ط ١، ١٩٧٩، ص ١٦ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ١٩٥٩، ص ٢٠، ٢١، جميل الشرقاوى، دروس فى النظرية العامة للحق، ط ٢، ١٩٥٨، ص ٥٦ وما بعدها.

أولاً : الفقه الكلاسيكى[1]:

٧ - اتجه الفقه الكلاسيكى فى تعريف الحق اتجاهات ثلاثة هى : الاتجاه الشخصى، والاتجاه الموضوعى، والاتجاه المختلط الذى يجمع بين الشخصى والموضوعى.

٢ - المذهب الشخصى

قال بهذا الفقيهان الألمانيان Savigny & Windcheid ويعرف أنصار هذا المذهب الحق من خلال النظر إلى صاحبه فيرى أن الحق هو قدرة أو سلطة إرادية Pouvoir de Volonté يخولها القانون لشخص ما فى نطاق محدد.

والقانون هو الذى يمنح الشخص هذه القدرة أو الإرادة، أى أنه لا يمكن التسليم بوجود حق، إلا إذا أراد الشخص فى حدود القانون ويضرب هؤلاء مثلا بحق الملكية، على أنها سلطة إرادية للشخص يستطيع

(١) كان على رأس الفقه الكلاسيكى سافينى، واهرنج، وسالى.
انظر في ذلك:
J. Brethe de la Gressar et M.L.Lacoste "introduction Generale á l'etude du droit 1947. p. 334 et s.
- وانظر ايضا Tallon
Encyci Dalloz, Rép, de. Civ. Eém éd V°Personnalité.
- وانظر J. Ghestin فى مؤلفه السابق ذكره، وراجع حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها.
وانظر عرض الفقه الكلاسيكي عند Dabin
Droit subjectif-et, subjectivisme, juridique.' Arch. Philosp. Du droit, 1964. p. I7 t s.

بمقتضاها أن يستعمل الشئ ويستغله ويتصرف فيه. ونحن من جانبنا لا نستطيع أن نفصل بين هذا المذهب والمذهب الفردى ومبدأ سلطان الإرادة وفيه يكون للإرادة الدور الحاسم ليس فقط فى إنشاء الحقوق وإنما ايضا فى تحديد آثارها أو فى تعديلها، وانقضائها.

على أن المذهب الشخصى فى تعريف الحق بالنظر إلى شخص صاحب الحق لم يسلم من الانتقادات العنيفة التى وجهها اليه على الخصوص الفقيه Ihring وتتمثل هذه الانتقادات فيما يلى:

١ - ان المذهب الشخصى يربط بين الحق والإرادة، ويرى أن الحق هو قدرة إرادية مع أن الحق قد يثبت للشخص دون ان تكون له إرادة، وهذا يتضح جليا في حقوق المجنون، والصغير غير المميز إذ يعترف له القانون ببعض الحقوق مع انه عديم الإرادة(١).

أيضا قد يكتسب الشخص حقا دون علمه مثال ذلك الغائب كما سنرى وقد يكتسب حقا دون تدخل إرادته مثال ذلك الوارث.

٢ - ان المذهب الشخصى الذى يعول على دور الإرادة الجوهرى إنما يتنافى وتسليم القانون بوجود أشخاص معنوية، أو اعتبارية تثبت له حقوق الاشخاص الطبيعية.

---

(١) انظر : توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط ١٩٧٥ ص ٤٤٦، بند ٢٧٢، وانظر Dabin, المرجع السابق، ص ٥٦، حسن كيرة، المدخل الى القانون، الطبعة الخامسة، ١٩٧٤، ص ٤٣، بند ٢٢٧.

والمعنى أن وجود الحق لا يفترض بالضرورة وجود إرادة بل يوجد دون تدخل هذه الإرادة.[1]

٣ - وأخيراً فإن أنصار المذهب الشخصى قد خلطوا بين مسألتين هما وجود الحق ومباشرته، فالحق يوجد ولو بدون تدخل الإرادة ولكن مباشرة هذا الحق لا يكون إلا عن طريق الإرادة، ومثال ذلك القول بوجود حق للمجنون، والصغير غير المميز، ولكنه لا يستطيع مباشرة أو استعمال هذا الحق دون إرادة، ولكن هذا لا يبرر القول بأن الحق هو سلطة إرادية.

ومجمل ما تقدم إذن ان النظرية الشخصية إنما تخلط بين الحق نفسه وبين ممارسته وعلى حد تعبير الفقه الفرنسى ثمة:

"Confusion entre Le droit Lui meme et son exercive"

٢ - المذهب الموضوعى:

- قال بهذا المذهب الفقيه Ihring - اهرنج وينظر الى الحق ليس من ناحية اشخاصه كما فى المذهب السابق بل من ناحية موضوعه لذلك

---

(١) انظر فى عرض هذة النظرية Dabin ، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها، وانظر فى الفقه المصرى، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٣٣، بند ٢٢٨ وكذلك ايضا مؤلفه، أصول القانون، ص ٥٥٨، وانظر كذلك أحمد سلامة، محاضرات فى المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق فى القانون المدنى ١٩٥٩، ص ٢٢ وما بعدها، وانظر ايضا أحمد شوقى عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، ط ١٩٨٤، ص ٦، وراجع كذلك فى الفقه الفرنسى Saleilles فى مؤلفه
De la personlatié juridique 2 ém éd 1924, p. 524 et s.

عرض اهرنج الحق على أنه، مصلحة يحميها القانون.

"Interet juridiquement Protogé"

جوهر الحق إذن هو المصلحة التى تعود على شخص معين. والواقع اننا يمكن أن نحلل هذا المذهبإلى عنصرين. عنصر المصلحة وهو العنصر الموضوعى وعنصر الحماية القانونية وهو العنصر الشكلى[1].

فكل حق مزود بوسيلة قانونية للدفاع عنه، وأهم هذه الوسائل القانونية الحق فى رفع الدعوى أمام القضاء، والمصلحة عند هؤلاء قد تكون مصلحة مادية أو أدبية.

فالمصلحة التى تعود على الشخص من الملكية العقارية مثلا، هى مصلحة مادية.

والمصلحة التى تعود على الشخص من حماية حقه فى الحياة، وحقه فى الحرية، وحقه فى المحافظة على شرفه وسمعته .... ونحو ذلك مصلحة أدبية أو معنوية.

ولم يسلم المذهب الموضوعى من النقد الذى تمثل فيما يلى :

١ - يقوم المذهب الموضوعى على تعريف الحق باعتبار هدفه أى على أساس ان المصلحة هى غاية الحق. ومن الخطأ تعريف الشئ بهدفه أو الغايه منه. فالمفترض، أن يتم تعريف الحق، لا تعريف الغاية منه، وهو ما لم ينتبه إليه أنصار المذهب الموضوعى.

٣ - المذهب الموضوعى يعتبر بأن الحماية القانونية «الدعوى» عنصر من عناصر الحق، فى حين أنها تأتى فى مرحلة تالية للحق نفسه(١) وبعبارة أخرى فإن الحماية القانونية لا تأتى الا تبعا لقيام الحق، ومن الخطأ اعتبارها ركنا للحق نفسه أو عنصراً فيه، وإذا لم يوجد الحق بداية لا يمكن القول بوجود الحماية القانونية.

وخلاصة ما وجه من نقد إلى المذهب الموضوعى أنه لم يضع تعريف للحق، وأن المصلحة لا تخرج عن كونها هدفا للحق ولا يمكن تعريف الشئ بغاياته، وأهدافه.

وإذا كان أنصار المذهب الشخصى قد خلطوا بين الحق نفسه ومباشرته فإن أنصار المذهب الموضوعى قد خلطوا بين الحق نفسه وبين غاياته، وأهدافه Confusion entre de doit lui meme etune de ses Buts

كما أن الحماية القانونية لا تعد ركنا للحق. وإنما هى تالية للحق الذى سبق وجوده.(٢) وبعبارة أخرى هى نتيجة للتسليم بوجود الحق.

٣ - المذهب المختلط : La doctrine mixte

٩ - جمع أنصار المذهب المختلط بين الاتجاه الشخصى الذى يرى

(١) راجع فى العلاقةبين الحق والدعوي القضائية حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، ص ٣٦، بند ٢٣.

(٢) راجع فى نقد النظرية الموضوعية، حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٣٠، بند ١٥، وانظر كذلك Dabin، المرجع السابق، ص ٦٥.

أن الحق هو قدرة إرادية. وبين الاتجاه الموضوعى الذى يعتبر أن الحق هو «مصلحة يحميها القانون. وبعبارة أخرى فقد جمع بين عنصرى الإرادة، والمصلحة لذا سمى بالمذهب المختلط.

لكن أنصار هذا المذهب انقسموا من حيث تغليب أحد العنصرين على الآخر، فمنهم من غلب عنصر المصلحة، وقدمه على الإرادة، ومنهم من فعل العكس بإعلاء دورالارادة على المصلحة.

– الفريق الأول يرى إذن أن المصلحة هى العنصر الجوهرى فى الحق، وباتالي فإن صاحب الحق هو وحده الذى تعود عليه المصلحة من الحق، والإرادة تأتى كوسيلة لازمة لتحقيق هذه المصلحة، وينظر هذا الفريق إلى الحق على أنه مصلحة شخص أو مجموعة من الاشخاص يحميها القانون ويقوم على تحقيقها والدفا ع عنها قدرة إرادية.

بينما الفريق الآخر قد م عنصر الإرادة على عنصر المصلحة، والحق فى نظر هذا الفريق هو قدرة إرادية يحميها القانون، ومحلها مال معين، أو مصلحة معينة.

وإذا كان المذهب المختلط يجمع بين الاتجاه الشخصى والاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق فإنه يمكن ان يوجه إليه مجموع الانتقادات التى وجهت إلى المذهبين معا. وتبقى المشكلة الجوهرية قائمة كماهى. فكل هذه المذاهب لم تنجح فى تعريف الحق بالنظر إلى جوهره.

ثانياً : الفقه الحديث (نظرية دابان)

١٠- إتجه الفقه الحديث الى محاولة تعريف الحق بالنظر إلى خصائصه وبيان عناصره الجوهرية، ولذلك فقد تلافى هذا الفقه العيوب التى شابت الفقه الكلاسيكى.

- وقد تزعم هذا الفقه الاستاذ دابان فى مؤلف له عن الحقوق الشخصية.

وسوف نوضح فيما يلى نظرية دابان، ثم نبين وجهة نظرنا فى تعريف الحق.

١ - نظرية دابان:

بدأ هذا الفقيه بتحليل الحق بالنظر إلى عناصره، وخصائصه الجوهرية، وقد حدد الاستاذ دابان عناصر الحق فى أربعة هى :

أ - الاستئثار Appartnance

ب - التسلط Maitrise

ج - ثبوت الحق فى مواجهة الغير Opposabilité

د - الحماية القانونية Protection Juridique

١١ - وعلى ضوء هذه العناصر الأربعةينظر إلى الحق على أنه «مكنة يسندها القانون لشخص معين ويضفى عليها حمايته بحيث يكون لصاحب

الحق أن يتصرف بمقتضاها فيما يملكه إذا كان «حقا عينيا» أوفيما هو مستحق له، إذا كان «حقا شخصياً»[1].

وتبعا لذلك، نعرض، تفصيلا للعناصر السابقة.

أ - عنصر الاستئثار[2]:

١٢- كل حق يفترض استئثار شخص بمال معين أو بقيمة معينة استئثارا من شأنه أن يختص به، والحق ما هو إلا علاقة استئثار بين شخص وشئ والاختصاص بالحق لا يعنى بالضرورة الانتفاع به، وإن كان غالبا ان يتضمن الاختصاص الانتفاع، وقد يكون الانتفاع لغير من يثبت له الاستئثار أى أنه لا يكفى أن ينتفع الشخص حتى يكون صاحب حق.

كما أن الاستئثار لا يرتبط حتما بالارادة فالاستئثار يثبت لأشخاص لا إرادة لهم، فاقدى التمييز، والغائبين مثلا، كما يثبت للشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى على السواء.

---

(١) انظر Dabin المرجع السابق، ص ٦٥، وراجع ايضا Planiol فى مؤلفه :
Traité elementaire de droit civil,l lém éd, par Ripert no 2158 ets.
وانظر ايضا، المرحوم شفيق شحاته، فى مؤلفه «محاضرات فى النظرية العامة للحق، ١٩٤٩، ص ١٥ ومابعدها، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٤٥٥، بند ٢٧٦، حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) ويعبر عنه البعض بالاختنصاص والإسناد، مثل حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها، ونحن نفضل التعبير بالاستئثار كترجمة للكلمة الفرنسية التى وردت عند Dabin نفسه Appartenance مرجع وموضوعين سابقين.

ومحل الاستئثار يتنوع إلى حد كبير فقد يرد على الأموال العقارية أو المنقولات، وقد يرد على الكيان المادى للانسان أو على كيانه المعنوى، كما قد يرد على الحقوق الذهنية، وقد يرد على عمل معين يلتزم به شخص آخر هو المدين فى مواجهة الدائن.

وأخيرا فإن الاستئثار أو الاختصاص قد يمارس مباشرة حيث يظهر فى شكل علاقة مباشرة بين صاحب الحق والقيمة التى ترد عليه. كما هو الحال فى الحقوق الشخصية وهو حينئذ يقتضى تدخلا من المدين «بالوفاء بما عليه من التزام» قبل الدائن. فإذا لم يقم المدين بالوفاء لزم تدخل السلطة العامة لفرض حكم القانون.

٢ - التسلط : Maitrise

١٣- التسلط هو المظهر الثانى للحق عند دابان، والمقصود به القدرة على التصرف disposition ، بحرية فى الشئ محل الحق كنتيجة مباشرة للاستئثار، فطالما أن الشئ يخص صاحب الحق فإن له السلطة أو القدرة على التصرف فيه ولا يمكن القول بأن التسلط يمكن أن يثبت لغير صاحب الحق.

وجدير بالملاحظة انه ينبغى التفريق بين عنصر التسلط بالمعنى الذى أوضحناه وبين مباشرة الحق، فالتسلط لا يكون إلا لصاحب الحق، بينما مباشرة الحق قد تكون لغير صاحبه. فإذا أخذنا مثالا على ذلك «الوصاية»

علـى القاصـر فإن الموصـى له مبـاشـرة الحـق، ولكن لحـسـاب القـاصـر، وباسمــه، وبذا، يمكن التمييز بين التسلط، وبين مباشرة الحق أو إدارته، والأول يتوافر حتى لو وجد مانع يحول دون مباشرة الحق، كما هـو الحال فى انعدام او نقص الأهلية، وجدير بالذكر ان المقصود بالتصرف فى هذا الشأنلا يقتصر على التصرف المادى باستعمال الشئ أو عدم استعماله، بل يشمل كذلك التصرف القانونى، أى بإمكانية نقل الملكية إلى الغير، بالبيع أو بالهبة مثلا، وعموما فإن مضمون التسلط، أو نطاقه يختلف باختلاف الشئ موضوع الحق.

٣ – ثبوت الحق فى مواجهة الغير : L' opposabilité

١٤– مفاد هذا العنصر هو احترام الغير للحق، أى أنه يلزم كافة الناس بالتزام سلبى عام هو الامتناع عن الاعتداء على استئثار وتسلط صاحب الحق وهذا الالتزام السلبي العام يوجد فى كل الحقوق العينية والشخصية، على أن الحقوق الشخصية تتميز فضلا عن وجود هذا الالتزام بوجود التزام محدد على عاتق شخص معين وهو المدين – بالقيام بعمل، أوبالامتناع عن عمل، والتزام محدد على عاتق شخص المدين، فيما لا يتوفر فى الحقوق العينية سوى الأول.

٤ – الحماية القانونية : La protection Juridique

١٥– لا يكون الحق كاملا لمجرد وجود الاستئثار، والتسلط، والتزام الكافة بعدم الاعتداء على الحق، إذ يجب ان يتضمن النظام القانونى الاعتراف بهذا الحق، فالحق الكامل إذن هو الذي يحميه القانون وأهم وسائل الحماية القانونية هى الدعوى القضائية.

ويلاحظ أن Dabin لم يخلط بين الحق، والدعوى، والدعوى عنده هى وسيلة من أهم الوسائل لحماية الحق. وهى تكون بذاتها حقاً جديدا وهو الحق فى الدعوى، وبالتالى فإن التنازل عن الدعوى لا يعنى التنازل عن الحق ذاته بل أن القانون يعطى لأشخاص لا حق لهم فعلا الحق فى الدعوى(١) ومثال ذلك دعاوى الحيازة، حيث أن رافعها ليس له حق بالمعنى الدقيق، فالحيازة هى مجرد واقعة مادية.

ومع ذلك قد أخذ على نظرية Dabin ما يأتى:

– ان العلاقة بين العناصر السابقة للحق ليست علاقةانفصال بل هى علاقة اتصال، بل ان العنصر الأول هو الاستئثار يبدو وكأنه المرادف للحق، بينما العناصر الثلاثة الأخرى إنما هى محددات لهذا العنصر ويلاحظ أن Dabin نفسه لم ينكر هذه الحقيقة عندا يقرر ان الاستئثار هو اساس التسلط، وأنه يحدده(٢).

– كم أخذ على نظرية دابان أن موقع الإرادة عنده غير واضح. فهو

(١) راجع فى عرض تفصيلى لعنصر الحماية القانونية،، حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) راجع فى ذلك: تورفيق فرج. المرجع السابق ص ٤٦٨، بند ٢٨٣، جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٢٥، ويلاحظ ان الاستئثار هو الذي يميز بين الحق والحرية، ثم بين الحق والرخصة، وايضا بين الحق والسلطة، انظر تفصيل ذلك فى محمد شكرى سرور، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

يرى أن التسلط أو حرية التصرف لا يقتضى إطلاقا ممارسة او استعمال الحق. فالطفل غير المميز والمجنون لا يستطيع استعمال أو إدارة حقه إلاعن طريق أشخاص آخرين. وقدرة التصرف إنما تعود بعد زوال سبب المنع. والحقيقة أن التسلط إنما يقتضى وجود إرادة واعية أو مدركه.فكيف يمكن القول بذلك بالنسبة لعديمى الأهلية؟

وبناء على الانتقادات السابقة، فقد أجمع الفقه على أن للحق عنصترين فقط وهما :

١ – قدرة الشخص على التصرف بطريقة ما «الاستئثار».

٢ – الحماية القانونية التى تكفل احترام هذه القدرة.

ومن ذلك يمكن القول بوجود استئثار دون وجود الحق، فالسارق والمغتصب يستأثر بشئ معين لكن لا يمكن القول بأنه صاحب حق.

والحماية القانونية لاستئثار الشخص هدفها هو تحقيق المصلحة العامة.

وبعبارة أخرى فإن قدرة الشخص على التصرف أو الاستئثار لا تكفى بذاتها للقول بوجود الحق، فلا بد من منع الغير من التعرض لصاحبه وإلزامهم بالامتناع عن كل ما من شأنهاالإضرار به. ويتعين إذن أن يحمى القانون استئثار صاحب الحق.

وإجمالاً، فالحق هو قدرة شخص ما على أن يقوم بعمل معين يحميه القانون تحقيقا لمصلحة يقرها[١]

(١) راجع فى تعريف الحق على أنه «مركز قانونى يخول من ينفرد به – فى حدود القانون – أن يستأثر بمصلحة ما، إما بالحصول عليها مباشرة من التسلط علي شئ، أو باقتضائها ممن يكون فى مركز المكلف بترتيبها، محمد شكرى سرور، النظرية العامة للحق، ١٩٧٩، ص ١٦ وما بعدها، وقد عبر عن الحق بأنه مركز قاونى ولم يعبر عنه بانه «القدرة أو الرابطة القانونية، راجع عكس ذلك، تو فيق فرج، المرجع السابق، ص ٤٧٣ – حسن كيره – مرجع وموضع سابقين.

المبحث الثانى

أنــواع الحقــوق

تمهيد وتقسيم:

١٦ – تنقسم الحقوق إلى قسمين كبيرين، هما الحقوق السياسية، والحقوق غير السياسية أو «المدنية».

والأولى، هى الحقوق التى تقررت للفرد بوصفه مواطنا فى الدولة وتخوله حق المساهمة فى حكمها، وهى تهدف إلى المحافظة على المصالح السياسية للمجتمع.

والثانية هى الحقوق غير السياسية أو المدنية التى تهدف إلى حماية الأشخاص وحريتهم ونشاطهم وتنقسم الحقوق غير السياسية أو المدنية إلى حقوق مدنية عامة وحقوق مدنية خاصة. وتنقسم الحقوق الخاصة بدورها إلى حقوق الأسرة، والحقوق المالية. وتنقسم هذه الأخيرة إلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية. وتنقسم الحقوق العينية بدورها إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

وثمة بعض الحقوق، تشتمل على عنصرين أحدهما مالى، والآخر أدبى تسمى بحقوق الملكية الفكرية.

١٧– ونفصل، ما أجملناه تباعا على النحو الاتى بيانه :

المطلب الأول : الحقوق السياسية:

هى تلك الحقوق التى تثبت للشخص باعتباره منتميا لبلد معين، وأهم هذه الحقوق حق الانتخاب، وحق الترشيح، وحق تولى بعض بعض الوظائف العامة، وهذه الحقوق ليست ميزات للشخص بقدر ما هى وظائف سياسية، وتكاليف، وبالتالى فهى لا تمنح إلا للمواطن، ولا تعطى للأجنبى إلا على سبيل الاستثناء وحقيقة الأمر أن الحقوق السياسية هى أقرب لفقه القانون العام منها إلى القانون الخاص لذلك فإن محل دراستها هو القانون الدستورى والقانون الإدارى فنحيل إليهما.

المطلب الثانى : الحقوق غير السياسية أو الحقوق المدنية:
Droits Civils

١٩- الحقوق المدنية بعكس الحقوق السياسية لا تهدف إلى المحافظة على المصالح السياسية للجماعة بل إلى حماية الأشخاص وحرياتهم ونشاطهم ولذا تثبت الحقوق المدنية لجميع الأفراد بغض النظر عن جنسيتهم، حيث يتمتع بها الوطنى والأجنبى على السواء وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى نوعين: الحقوق العامة، والحقوق الخاصة.

الفرع الأول : الحقوق العامة :

١٠- هى الحقوق التى تثبت للشخص بمجرد وجوده وهى حقوق دائمة وليست طارئة فى حياة الفرد وقد سميت بحقوق الانسان droits de I'homme وتنقسم إلى حقوق تتصل بالكيان المادى للإنسان، وحقوق تتصل بالكيان المعنوى للإنسان.

ومن الأولى، حق الفرد فى سلامة جسده وحقه فى الحياة، ومن الثانية، حق الانسان على اسمه، والحق فى الشرف والاعتبار... وحق الانسان على انتاجه الذهنى ويمكن ان نطلق على هذه الحقوق وصف حقوق الشخصية droits de la presonnalité لأنها تتصل اتصالا لصيقا بالشخص تهدف على ما ذكرنا إلى المحافظة على كيانه المادى والأدبى والمحافظة على حريته.

والواقع ان الفضل فى ظهور ودعم مثل هذه الحقوق يعود إلى المذهب الفردى. الذى يعتبر انها حقوق طبيعية تولد مع الانسان، وقد صدر إعلان دولى لحقرق الانسان، هو اعلان الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨.

والمهم أن هذه الحقوق لا يمكن حصرها، ولكن يمكن تقسيمها إلى طوائف ثلاثة :

الطائفة الأولى : وهى ترمى إلى المحافظة على الكيان المادي للإنسان á L'integrite physique بما في ذلك حق الإنسان فى الحياة، وفى سلامة جسمه وأعضائه وبمقتضاها يجب الاعتراف للإنسان بحقه فى الدفاع عن حياته، وعلى الآخرين عدم المساس بهذا الحق بالقتل أو بالجرح أو بالضرب، وهذه الجرائم معاقب عليها بالتشريعات الجنائية وإلى جانب العقوبة المقررة لهذه الجرائم فإن للمضرور الحق فى رفع الدعوى المدنية بالتعويض عن المساس غير المشروع بكيانه المادي فى حدود ما لحقه من ضرر.

ولكن التساؤل قد يثور بصدد ما إذا كان حق الإنسان فى جسمه حق مطلق droit absolue أو مقيد فى حدود المحافظة على المصالح العامة(1).

الواقع أن حق الانسان فى كيانه المادى حق مقيد فى حدود المحافظة على المصالح العامة وبالتالى إذا لم يكن تصرف الشخص فى جسمه غير متعارض مع النظام العام بل على العكس يحقق الصالح العام كان تصرفا مشروعا، ومن هنا أباح القانون مثلا التبرع بالدم لانقاذ الآخرين.

والواقع أن معيار التفرقة بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع يثور بشأنه الجدل (ا) ويمكننا القول بأن القاعدة العامة أن كل تصرف يمس الكيان المادى للإنسان هو تصرف غير مشروع إذا كان متعارضا مع المصلحة العامة للجماعة ومن شأنه الإضرار الجسيم بسلامة الجسم.

وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز للشخص أن يتصرف فى كامل جسده كما لا يجوز الاتفاق مع الغير على مثل هذا العمل. ولذلك كان قيام الطبيب بقتل المريض «بدافع الشفقة» غير مؤثر فى قيام جريمة القتل.

وتطبيقا لذلك ايضا فإن التصرف فى جزء حيوى من الجسد يلزم لبقاء الإنسان على قيد الحياة أو لاستمرار قيام الجسد بوظائفه الحيوية محظور حظرا مطلقاً.

(1) انظر : حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

وتطبيقا لذلك ايضا فإن تصرف الإنسان فى جزء من جسده، وهو ما يسمى بعمليه نقل الأعضاء من شخص إلى آخر جائز اذا كان يعود بالمنفعة على المجتمع وبشرط أن يتم النقل برضاء أطرافه ولا يترتب عليه نقص فى المنفعة الصحية للجسم.

وإستنادا الى ذلك نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن التنازل عن العيون على أن بنك العيون يتلقى رصيده من مصدرين:

الأول : عيون الاشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.

والثانى : عيون الاشخاص التى يتقرر استئصالها.

الطائفة الثانية: الحقوق التى تهدف الى حماية الكيان الأدبى

ومن ذلك مثلا، حق الانسان فى المحافظة على شرفه وسمعته،وحق الشخص فى الاسم والحق فى نتاج الذهن أو العقل، «الحق الأدبى للمؤلف» كذلك من الحقوق الأدبية حق الإنسان فى صورته، والمحافظة على أسراره، والحق فى حرمة المسكن[1].

فإذا وقع اعتداء على الحق الأدبى للإنسان كان له الحق فى دفع هذا الاعتداء والحق فى رفع الدعوى بالتعويض عما لحقه من أضرار جراء الاعتداء[2].

---

(١) انظر حمدى عبد الرحمن الذى يدخل ضمن هذه الطائفة حق الانتقال، والاجتماع، ولكننا نفضل إدخال حرية الانسان فى التنتقل، والاجتماع ضمن الطائفة الثالثة من الحقوق وهى الحقوق المتعلقة بنشاط الإسان وحريته. انظر م ١٤١ من الدستور المصرى، راجع فى نفس وجه النظر، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٥٢، بند ٢٣٢.

(٢) وقد نصت المادة ٥٠ من القانون المدنى على أن «كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، ان يطلب ورف الاعتداء مع التعويض عما يكن قد لحقه من ضرر» وقد أحسن المشرع عندما اكتفى بالاشارة إلى حماية هذه الحقوق بصفة عامة دون أن يلجأ إلى تحديدها «حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٥٣، وانظر م ٥١ مدنى المتعلقة بالحق فى الاسم.

كذلك فإن القانون قد تكفل بحماية الكثير من هذه الحقوق بتقرير عقوبة عن الاعتداء عليها مثال ذلك أن المادة ٣٠٢ من القانون الجنائى تعاقب على القذف، والمادة ٢٨٠ تعاقب على القبض أو الحبس دون وجه حق والمادة ٣٦٩ الاعتداء على حرية العمل.. وغير ذلك.

الطائفة الثالثة: الحقوق المتعلقة بنشاط الإنسان

- هذه الطائفة يطلق عليها حق الانسان فى الحرية وهذه الحرية يمكن أن تكون حرية الانسان فى التنقل، حرية الانسان فى التملك، حرية الانسان فى الاجتماع، حرية اختيار طريقة الحياة من حيث العمل والزواج.... إلخ

وقد أصبحت هذه الحقوق أحد المظاهر الجوهرية للحريات المدنية فى عصرنا.

خصائص الحقوق العامة: [1]

٢١- أهم خصائص الحقوق العامة انها ليست مالية، فهى لصيقة بالشخصية ولذلك يسميها البعض حقوق الشخصية Droit de la per-sonnalité باعتبارها ملازمة أو لصيقة بالشخص وبالتالى فهى تنقضى بموته ولا تنقل الى الغير بالميراث.

(١) انظر احمد شوقى عبدالرحمن، المرجع السابق، ص ١٧، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

كما أنها غير قابلة للحجز عليها نظرا لتلازمها مع الشخصية، ولا يجوز التصرف فيها لأنها ليست أموالا ولا يصح النزول عنها. وتطبيقا لذلك فقد نصت م ٣٨ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ والمادة١٤٣ من القانون رقم ٢٠٠٢/٨٢ على بطلان تصرف المؤلف فى حقه الأدبى، فهو حق مرتبط بالشخص لا يمكن ان ينفصل عنه. والمنع من التصرف يدوم بدوام الشخصية، أى طيلة حياة الشخص. كما نصت المادة ٤٩/ مدنى على أنه ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية.

كذا فإن الحقوق الشخصية غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم ويضرب الفقه على ذلك مثلا بالحق فى الاسم لا يسقط بعدم استعماله مدة طويلة، ولا يمكن ان يكتسب الغير عليه حقا بمضى المدة.

وجدير بالملاحظة ان الحقوق العامة، وإن كانت غير مالية إلا أن الاعتداء عليها يمكن ان يولد الحق فى التعويض المالى إذا ترتب على الاعتداء ضرر. لذا نصت المادة ٥٠/ مدنى على أن لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر. وتطبيقا لذلك فمن اعتدى على سمعته بالسب، والقذف الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى، ولكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل اسمه دون حق ان يطلب وقف هذا الاعتداء، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

الفرع الثانى : الحقوق الخاصة :

٢٢ – ذكرنا آنفا ان الحقوق الخاصة تنقسم إلى حقوق الأسرة «الحقوق غير المالية» والحقوق المالية أو حقوق الدائنية»

ونتناول كل منها على النحو التالى:

المحور الأول – حقوق الأسرة : droits de la famille

٢٣– حقوق الأسرة كما يتضح من تسميتها تثبت للشخص باعتباره عضوا فى أسرة ، والأسرة هى مجموعة من الأفراد يرتبطون برباط القرابة وهذه القرابة يمكن أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة.

وتختلف هذه الحقوق باختلاف مركز الشخص فى الأسرة، فالزوج له حق الطاعة على زوجته وعليه كذلك واجب الإنفاق عليها، والأب له سلطة تأديب أولاده، وعليه كذلك واجب هذاالتأديب.

والواقع ان حقوق الاسرة ليست مقررة لمصلحة الفرد، بقدر ما هى مقررة لمصلحة نظام الاسرة بشكل عام، وهي الخلية الاولى للمجتمع.

وحقوق الاسرة تتميزبخصائص عدة : أنها لا يمكن تقويمها بالنقود، فهى حقوق غيرمالية . وتخرج عن دائرة التعامل وبالتالى لا يصح نقلها الى الغير بالتنازل عنها او بالتصرف فيها. ولا يملك الدائنون توقيع الحجز

عليها، ولاتنتقل بالموت الى الورثة، ومع ذلك يتولد عن روابط الاسرة بعض الحقوق المالية مثل حق الميراث، وحق النفقة[1]

- وايا ما كان الأمر، فإن حقوق الاسرة، لا تدخل فى نطاق دراستنا، وتندرج ضمن دراسات الاحوال الشخصية، تندمج فيها القاعدة الدينية بالقاعدة القانونية[2].

المحور الثانى - الحقوق المالية :

٢٤- هى حقوق يمكن تقويمها بالمال، وبالتالى يمكن التنازل عنها او التصرف فيها والحقوق المالية يمكن تقسيمها إلى أنواع ثلاثة:

- الحقوق العينية.
- الحقوق الشخصية.
- حقوق الملكية الفكرية والأدبية (على لأقل فى جانبها المالى).

ونعرض لهذه الحقوق بالتفصيل على النحو الآتى:

أولاً :الحقوق العينية: Droit Reels

٢٥ - الحق العينى يمكن تعريفه على أنه استئثار شخص بشكل مباشر على شئ معين او على قيمة مالية معينة يمكنه من القيام بأعمال

(١) ولكن هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الاسرة، راجع حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٤٦، ونظرايضا توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٤٨٨، بند ٣٩٨، أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٢) انظرالكتاب الاول من مؤلفنا فى مدخل العلوم القانونية.

معينة بالنسبة لهذا الشئ وذلك تحقيقا لمصلحة يقررها القانون.

وصاحب الحق العينى يباشر حقه دون وساطة أحد فالصلة بين الشئ والشخص فى الحق العينى مباشرة، ومثال ذلك فإن مالك العقار يستطيع ان يستعمله أويؤجرة أو يتصرف فيه بإهلاكه أو باستهلاكه او بنقل ملكيته الى الغير لذا يوصف الحق العينى بانه حق مطلق، فهو لا يقوم بين شخصين معينين بل يحتج به فى مواجهة الكافة.

٢٦- والحقوق العينية على نوعين :

١ - الحقوق العينية الاصلية les droits réels principaux

٢ - الحقوق العينية التبعية Les droits réls accessoires

والأولى هى التى تخول صاحبها استعمال الشئ، واستغلاله والتصرف فيه وسميت بالحقوق العينية الأصلية نظرا لأنها تقوم بذاتها مستقلة لا تستند إلى حق آخر. اما الحقوق العينية التبعية لا تتبع الحقوق العينية الأصلية وانما سميت كذلك لانها تتبع حقا من الحقوق الشخصية «حقوق الدائنية» وتهدف الى ضمان الوفاء بهذا الحق وتسمى كذلك بالتأمينات العينية. لأنها تؤمن حقوق الدائن فى مواجهة المدين.

٢٧- وسوف نعرض فيما يلى تفصيلاً للحقوق العينية الأصلية ثم الحقوق العينية التبعية.

-الحقوق العينية الاصلية:

٢٨- الحقوق العينية الاصلية، فيما قدمنا هى حقوق تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشئ تمكنه من استعماله ، استغلاله، والتصرف فيه وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات او بعضها بحسب اختلاف مضمون هذا الحق.

واهم الحقوق العينية الاصلية هو حق الملكية الذى يعطى لصاحبه اوسع السلطات وهى الاستعمال، والاستغلال والتصرف، وحق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الاصلية، ويتفرع عن الملكية حقوق أخرى هى حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاع.

أ - حق الملكية:

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية انتشارا وأهمها من حيث السلطات التى يعطيها لصاحبه وبحسب نص م ٨٠٢ مدنى «لمالك الشئ وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه».

الاستعمال:

هو القيام باعمال مادية للحصول على منافع الشئ حسبما تسمح به طبيعته فاستعمال المنزل يكون بسكناه، والكتاب بقراءته، والسيارة بركوبها وهكذا.

والمالك له مطلق الحرية ان يستعمل الشئ او لا يستعمله ولا يترتب على عدم استعمال الشيء سقوط حق المالك عليه.

فالاستعمال إذن هو الافادة المباشرة من الشئ محل الملكية، والحصول على ما ينتج عنه فيما عدا الثمار دون المساس بجوهره، فالذى يميز حق الاستعمال إذن هو:

- عدم الحصول على الثمار.

- عدم المساس بجوهر الشئ محل الملكية.

الاستغلال:

هو الافادة غير المباشرة من الشئ وذلك عن طريق الحصول على ثماره والثمار ما يتولد عن الشئ دوريا من فوائد او منافع دورية دون المساس بجوهره.

هذه الثمار تتولد بفعل الطبيعة وتسمى ثمارا طبيعية مثل نتاج الحيوان، وقد تتولد بفعل الانسان وتسمى ثماراصناعية أومستحدثة.

والمعنى أنه يمكن تقسيم الثمار الى ثمار مدنية وثمار طبيعية والاولى هى عبارة عن ريع الشئ وما يغله من دخل نقدى نتيجة تدخل الانسان أى فى مقابل الانتفاع به، ومثال ذلك الاجرة التى يحصل عليها مالك العقار نظير تأجيرة. والفوائد التى تنشأ عن الاسهم والسندات، والاستغلال كالاستعمال لايمس جوهر الشئ.

التصرف:

التصرف فى الشئ يعنى استخدامه استخداما يستنفذه بصورة كلية او جزئية وهو إما أن يكون تصرفا ماديا يقضى على الشئ عن طريق استهلاكه اوإهلاكه أو بتغيير شكله وتحويله تحويلا نهائيا لا رجعة فيه.

وإما أن يكون تصرفا قاونيا، ويكون ذلك بنقل سلطات المالك كله او بعضها الى الغير سواء كان ذلك بمقابل كالبيع، والرهن أو بدون مقآبل مثل الهبة والتصرف هو العنصرالذى يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الاصلية.

ويبقى ان نوضح بان الملكية تتميز عن غيرها بانها حق جامع، مانع، فهى حق جامع لأن لصاحبها جميع السلطات على الشئ ومانع لانه لا يجوز لأى شخص مشاركة المالك فى سلطاته التي يباشرها على الشئ محل الملكية وهى حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال ، وأخيرا فالملكية ليست حقا مطلقا كما يتبادر الى الذهن. فالمالك شأنه شأن أصحاب الحقوق عموما لا يجوز له ان يتعسف فى استعماله حق الملكية اعمالاً لنص المادة الخامسة من القانون المدنى.

٢ – الحقوق المتفرعة عن الملكية:

٢٩– هذه الحقوق هى حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الحكر ، وحق الارتفاق.

أ - حق الانتفاع:

- يمكن تعريف حق الانتفاع بانه حق عينى متفرع عن حق الملكية يخول للمنتفع استعمال الشئ واستغلاله فقط دون التصرف فيه، ويبقى التصرف فى هذه الحالة للمالك ويسمي مالك الرقبة. وبعبارة أخرى فإن حق الانتفاع يعنى أن للمنتفع الاستعمال والاستغلال ولمالك الرقبة وحده حق التصرف.

وحق الانتفاع نظمه القانون المدنى المصرى فى المواد ٩٨٥ الى ٩٩٥.

وحق الانتفاع حق مؤقت إذ ينتهى بانتهاء المدة المحددة فى العقد الذى يرتبه او بهلاك الشئ المنتفع به، أو بعدم استعماله لمدة خمس عشرة سنة وينتهى فى كل الحالات بموت المنتفع م ١/٩٩٣ مدنى، وأخيرا فحق الانتفاع قد يرد على العقارات أو المنقولات.

ب - حق الاستعمال، وحق السكنى:

هو حق عينى يخول لصاحبه استعمال الشئ الذى يقع عليه بالقدر اللازم لما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته، فإذا كان لشخص حق استعمال حديقة فليس له ان يبيع ثمارها للغير، ذلك ان حق الاستعمال لا يعطيه الا الحق الذى يحتاجه هو وأسرته، وحق الاستعمال اضيق نطاقا من حق الانتفاع لانه لا يعطى لصاحبه حق الاستغلال أو الافادة غير المباشرة من الشئ.

ولا يجوز النزول عن حق الاستعمال الا بناء على شرط صريح او مبرر قوى طبقا لنص المادة ٩٩٧ مدني، ذلك ان الغرض منه سد حاجة المستفيد واسرته.

كما أن حق الاستعمال كحق الانتفاع ينقضى بموت صاحب الحق.

اما حق السكنى فهو اضيق نطاقا من حق الاستعمال. إذ لا يعطى لصاحبه الا وجها واحدا من أوجه الاستعمال هو السكنى، فحق سكنى المنزل مثلا لا يعطى لصاحبه الحق فى استعماله كمكتب اعمال أو حق تأجيره للغير.

وحق السكنى مثل حق الاستعمال لا يجوز النزول عنه الا بناء على مبرر قوى وبناء على شرط صريح وهو ينقضى بموت صـــاحب الحـــق م ٩٩٧ مدنى.

ج – حق الحكر:

معناه تسليم أرض فى حاجة إلى إصلاح الى شخص يقوم باصلاحها وتعميرها سواء بالبناء عليها أو الغراس فيها ويكون لمن تسلم الارض ويسمى «المحتكر» حق عينى عليها يخوله الانتفاع بها فى مقابل دفع أجره المثل.

والمحتكر يمتلك ما يحدثه على الأرض من بناء وغراس وبالتالي يكون له كافة السلطات التى يخولها حق الملكية لصاحبه من استعمال واستغلال وتصرف.

ونلفت النظر إلى أن الحكر طبقا لأحكام القانون المدنى المصرى لا يتحقق الا اذا توافرت شرائط أربعة هى: انه لايجوز الا على الارض الموقوفة وقد صدر مرسوم بقانون ١٨٠/١٩٥٢ بالغاء الوقف الاهلى وترتب على ذلك ان نطاق الحكر اصبح ضيقا محدوداً.

والشرط الثاني : أن يكون الحكر لضرورة او مصلحة تقتضيه.

والشرط الثالث : أن تأذن به المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها الارض المطلوب تحكيرها او اكثرها قيمة.

وأخيرا يجب ان يصدر به عقد رسمى يشهر وفقا لأحكام الشهر العقارى وفى كل الحالات لا يجوز التحكير لمدة تزيد عن ٦٠ عاما، (المواد من ٩٩٩ إلى ١٠١٤ من القانون المدنى).

د — حق الارتفاق : droit de servitude

هو حق يحد أو يقيد من منفعة عقار يسمى العقار الخادم أو المرتفق به لفائدة عقار آخر يسمى العقار المخدوم أو المرتفق يملكه شخص آخر (م ١٠١٥ مدنى) وبدا يتعين لقيام حق الارتفاق.

ان يوجد تكليف يحد من منفعة عقار «المرتفق به او العقار - الخادم لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق. او المخدوم وان يكون كل من العقارين مملوكين لشخصين مختلفين.

وأمثلة حقوق الارتفاق حق المرور، حق المطل

– كما يشترط لقيام حق الارتفاق ان يتقرر على عقار وبذا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع. ذلك ان الأخير يمكن أن يرد على العقار او يرد على المنقول.

وحق الارتفاق هو حق مؤبد يرتبط ببقاء عقار معين فهو يستمر رغم تغيير مالكه، بل ينتقل إلى الورثة ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك. وما لم يستقط بعدم الاستعمال لمدة تزيد عن خمسة عشر سنة.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية : Les droits reels accessoires

٣ – هى تلك الحقوق التى توجد تأمينا أو ضمانا Garantie للوفاء بحق شخصى أو بحق الدائنية. فهى حقوق تقوم تبعا وضمانا لحق الدائنية وهو تخول للدائن سلطة تتبع الشئ الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين كما تخوله سلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من قيمته النقدية بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين وهم الدائنون غير المسلحين بمثل هذه التأمينات العينية أو الدائنون اصحاب التأمينات العينية اللاحقون عليهم فى المرتبة أى الذين قيدوا تأميناتهم فى وقت لاحق. ولذلك تقوم الحقوق العينية التبعية بوظيفة حماية الدائنين من مخاطر الضمان العام وما يترتب عليه من اقتسام اموال المدين فيما بين دائنيه قسمة غرماء.

٣١ – ويمكن تقسيم الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها الى حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز وسنعرض بإيجاز لصور الحقوق العينية التبعية.

١ – حق الرهن:

حق الرهن بدوره ينقسم الى رهن حيازى، ورهن رسمى

أ – الرهن الرسمى : هو حق عينى تبعى يتقرر بعقد به يكتسب الدائن على عقار حقا عينيا يكون له بموجبه أن يتتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه تحت يد حائزة الأخير ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ذلك العقار فى أى يد يكون.

وحق الرهن الرسمى، مصدره عقد رسمى يقوم بتحريره الموظف المختص بمكتب التوثيق ويرد على العقار دون المنقول، وتبقي فيه الحيازة للمدين الراهن ويخول الدائن فيما قدمنا سلطة التقدم فى استيفاء دينه على الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين اللاحقين عليه كما يخول لصاحبه سلطة التتبع drroit de suite على العقار فى أى يد يكون طالما أن قيد الرهن قد تم قبل انتقال ملكية هذا العقار إلى الغير.

ونلفت النظر بأن حق الرهن الرسمى قد عرض له القانون المدنى فى المواد ١٠٣٠ وما بعدها، ويسمى بالفرنسية Le droit d'hypothéque

ب – الرهن الحيازى :

على عكس الرهن الرسمى فإن الرهن الحيازى ينشأ بمقتضى عقد رضائى لا يشترط أن يتم فى ورقة رسمية، ويرد حق الرهن الحيازى على

العقار والمنقول على حد سواء ويخول للدائن سلطة تتبع الشئ المرهون فى أى يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء دينه والحق فى حبس الشئ المرهون عن الناس كافة إلى ان يستحقه.

والفرق بين الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتمثل فيما يلى:

أ - ان الاول مصدره عقد رضائى بينما يشترط القانون الرسمية فى الرهن الرسمى.

ب - والرهن الحيازى يقع على العقار وعلى المنتقول بينما الرهن الرسمى لا يقع الاعلى عقار.

ج - والرهن الحيازى تنتقل فيه الحيازة أى حيازة الشئ المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو من ينو ب عنه وذلك على عكس الرهن الرسمى.

وجدير بالملاحظة أنه اذا كان الرهن الحيازى مثل الرهن الرسمى يعطى لصاحبه سلطة التتبع droit de suite والتقدم Le droit de preference فإن الرهن الحيازى لا يكون نافذا فى مواجهة الغير الا إذا توافر كل من الشرطين الآتيين:

١ - أن تنتقل الحيازة من المدين إلى الدائن.

٢ - اذا ورد الرهن الحيازى على عقار يجب قيده فى الشهر العقارى وإذا ورد على منقول وجب إثباته فى ورقة ثابتة التاريخ.

٢ – حق الاختصاص : Le droit d'affectation

– إذا كان مصدر حق الرهن «بنوعية» هو العقد، فإن حق الاختصاص ينشأ بمقتضى أمر قضائى، وهو لا يتقرر إلا للدائن حسن النية الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين. ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين، وذلك ضمانا لأصل الدين، والفوائد والمصروفات م١٠٨٥/١ مدنى وحيازة العقار تبقى رغم صدور الأمر القضائى بالاختصاص فى يد المدين ولا تنتقل الى الدائن، وفى كل الحالات يجب على الدائن المستفيد ان يقوم بقيد الأمر القضائى فى الشهر العقارى حتى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير.

وحق الاختصاص مثل حق الرهن يخول للدائن حق التتبع. وحق التقدم أو الأولوية فى اقتضاء الدين من المقابل النقدى للشئ.

٣ – حق الامتياز : Le droit de Privilévge

حق الامتياز يتقرر بنص فى القانون لصفة خاصة فى الدين وهذه الديون تسمى الديون الممتازة بما فى ذلك مثلا، دين النفقة، ديون الخزانة العامة والمصروفات القضائية والمبالغ التى أنفقت فى حفظ وترميم المنقول.. إلخ

فيقرر القانون لمثل هذه الديون أولوية تضمن لأصحابها ميزة التقدم على غيره من الدائنين حال تزاحمهم فتقى الدائن بدين ممتاز الدخول فى قسمة الغرماء.

ومصدر حقوق الامتياز إذن هو نص القانون م ١١٣٠ مدنى وحقوق الامتياز تنقسم إلى حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة.

والامتيازات الخاصة على العقار وحقوق الامتياز العامة هى التى ترد على جميع أموال المدين من عقار ومنقول ومن ذلك مثلا نفقة الاقارب م ١١٤١/ مدنى

أما حقوق الامتياز الخاصة فهى التى تتقرر على مال معين من أموال المدين، عقار أو منقول، ومن ذلك مثلا، الامتياز المقرر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر م ١١٤٣ مدنى. أما حقوق الامتياز الخاصة على عقار فمثالها امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين.

ثانياً : الحقوق الشخصية – حقوق الدائنية Les droits de Créance

٣٢– يعبر عن الحق الشخصى أو حق الدائنية بأنه رابطة بين شخصين أو أكثر بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين debiteur قبل الآخر وهو الدائن Creancier بأداء معين، أى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل(١).

---

(١) وحسب التعبير الذى أوردع M. Ghestin المرجع السابق، ص ١٤٢.
Le droit subjectif en derniér analyse n'est qu'un rapport juridique entre deux personnes en sertu duquel I'une d'ekks "Le titulaire de droit "peut exiger de l'autre le respect de ses obligation reconnues par la loi".
وانظر فى ذلك M. Nouaros مقال له بعنوان:
L'evolution recente de la notion de droit subjectif - Rev. Trim. dr civ. 1966,. 218.

الحق الشخصى إذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر فالمحل فى الحق الشخصى أو حق الدائنية هو عمل معين من جانب المدين. سواء كان هذا العمل إيجابيا، أو سلبيا، ومثال العمل الايجابى، التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، التزام المقاول ببناء منزل، التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية معينة.

ومثال العمل السلبى، التزام بائع المحل التجارى بعدم منافسة المشترى والتزام رب العمل بعدم تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء. والتزام العامل فى عقد العمل بعدم منافسة صاحب العمل.

١ - التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية:

٣٢ - تستند التفرقة بين نوعى الحقوق فى جوهرها على أن الحق العينى يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شئ من الاشياء المادية وله عنصران فقط هما : شخص صاحب الحق والشئ المادى.

بينما يخول الحق الشخصى أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر بعمل أو الامتناع عن عمل بناء على ما بينهما من رابطة قانونية بحيث يتوافر فى هذا الحق عناصر ثلاثة: صاحب الحق «الدائن» وطرف سلبى «المدين» ومحل الحق وهو العمل، أو الامتناع الذى يلتزم به المدين ويسمى بالحق الشخصى إذا نظرنا إليه من جانب الدائن، والالتزام اذا نظرنا اليه من جانب الدين.

وبرغم الفرق بين نوعى الحق فقد حاول البعض تقريب الحق العيبنى من الحق الشخصى فيما حاول البعض الآخر تقريب الحق الشخصى من الحق العينى.

النظرية الشخصية : تقريب الحق العينى من الحق الشخصى:

٣٥- يتزعم هذه النظرية فى التقريب بين الحق العينى والحق الشخصى الفقيه الفرنسى بلانيول Planiol الذى حاول تقريب نوعى الحق عن طريق إبراز فكرة الرابطة بين الاشخاص فى الحق العينى كما هو الشأن فى الحق الشخصى. وذلك عن طريق القول بأنه «إذا كان الحق الشخصى رابطة بين دائن ومدين وهو يتحلل الى عناصر ثلاثة: الدائن وهو صاحب الحق والمدين وهو من يلتزم فى مواجهة الدائن، ومحل الحق وهو العمل أو الامتناع عن عمل ايضا فإن الحق العينى يمكن ان يشمل ثلاثة عناصر هى: صاحب الحق ومحل الحق «الشئ» والمدين . والمدين فى الحق العينى هم: الكافة اى جميع الناس فيما عدا صاحب الحق وهؤلاء يلتزمون التزاما سلبيا عاما باحترام هذا الحق، والامتناع عن التعرض لصاحبه.

ويضرب هؤلاء مثلا بحق الملكية الذى يتحلل الى عناصر ثلاثة هى : محل الحق «الشئ المملوك والدائن، وهو صاحب الحق، والمدين وهم الناس كافة الذين يقع عليهم التزام سلبى عام بعدم الاعتداء على الحق.

وينتهى Planiol إلى القول بأن كل حق عينى أو شخصى يعتبر رابطة قانونية تقوم بين الاشخاص.

من هنا لا يمكن القول بوجود فرق بين الحق العينى، والحق الشخصى.

فالحقوق جيهعا روابط بين الاشخاص، وهذه الرابطة تقوم فى الحق

العينى كالحق الشخصى على أن المدين فى الحق العينى لا يمكن تحديده إلا عندما يعتدى شخص آخر عليه.

علىّ أن فكرة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى قد تعرضت للنقد الشديد وقد عرض لهذه الانتقادات M. M. Mazeaud H. Capitan

وقد أخذ على هذه النظرية ما يلى :

اولاً : ان القول بأن الحق العينى هو رابطة بين اشخاص قول فيه تحايل وتكلف قاونى واضح. ذلك أنه فى الحق الشخصى نجد دائن، ومدين والتزام المدين قبل الدائن إنما هو التزام محدد.

بينما المدين – فى الحق العينى – غير محدد، ولا يمكن قبول القول بأن المدين يمكن ان يتحدد فيه بعد عند الاعتداء على الحق، فذلك يعنى ببساطة أن الحق لا يوجد الا بعد الاعتداء عليه. وبالتالي يترتب على هذه الفكرة إنكار وجود الحق فى الفترة السابقة لوقوع الاعتداء عليه. وهو تناقض او تعارض لا يمكن التسليم به.

ثانياً : كما ان القول بأن الكافة ، أى جميع الناس فيما عدا صاحب الحق العينى يلتزمون التزاما سلبيا عاما ازاء صاحب الحق بعدم الاعتداء عليه فإن هذا الإلزام غير قائم فقط فى الحق العينى بل هو كذلك فى الحق الشخصى. بل وبالنسبة لسائر الحقوق العامة بينما يظل الحق الشخصى متميزا بوجود الالتزام الخاص الذى يقع على عاتق شخص معين هو المدين.

- النظرية المادية : تقريب الحق الشخصى من الحق العينى:

٣٦- حاول انصار هذه النظرية عدم التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى على أساس تقريب الحق الشخصى من الحق العينى وذلك بالقول بان كل الحقوق سواء كانت عينية أوشخصية تعتبر عنصرا فى الذمة المالية وذلك بالتركيز على محل الحق لا أطراف الحق.

الحق الشخصى عند هؤلاء لا ينظر إليه على أنه رابطة بين شخصين بل على إعتباره عنصرا ماليا، مجردا عن الدائن والمدين، وهذا ما يقر به من الحق العينى فيترتب على ذلك نتيجة منطقية مؤداها انه اذا كان العنصر المالى فى الحق الشخصى هو الذى يبرز على هذا النحو فإن من الممكن التعامل فيه عن طريق البيع أو الرهن أو الهبة كما هو الشأن تماما بالنسبة للحق العينى.

ومع أن المذهب المادى قد لاقى نجاحا فى القوانين الحديثة، وخاصة فى القانون الالمانى، إلا أن هذه النظرية قد وجه اليها انتقادا رئيسيا هو انه لا يمكن تجاهل صاحب الحق فى الحقوق الشخصية، ذلك أنه فى العديد من الحالات تلعب شخصية المدين «الاعتبار الشخصى» دورا محددا فى نشوء الالتزام نفسه ومثال ذلك التزام الطبيب ، التزام المحامى، الممثل... الخ.

وإجمالاً لما تقدم فإن ان المذهب الشخصى، والمذهب المادى لم يستطيعا تقريب الحق العينى من الحق الشخصى، وتظل هذه التفرقة قائمة

فى القانون المصرى، ويترتب عليها نتائج مهمة تتضح من المقارنة الاتي بيانها:

المقارنة بين الحق العينى والحق الشخصى:

١ - الحقوق العينية واردة فى القانون على سبيل الحصر Enu-meration وبالتالى لا يجوز للأفراد أن ينشئوا بإرادتهم حقوقا عينية اصلية او تبعية، بخلاف ما نص عليه القانون، وذلك بعكس الحقوق الشخصية التى لا يمكن حصرها ويستطيع الأفرد إنشاء الحقوق الشخصية بإرادتهم الخاصة فى حدود النظام العام والآداب العامة.(١)

٢ - الحق العينى يتركز فى شئ معين بالذات، إذ انه يخول صاحبه سلطة على شئ. ولكى توجد هذه السلطة لا بد ان يتحدد الشئ الذى تقع عليه وان يكون هذا الشئ موجوداً.

اما المحل فى الحق الشخصى فهو عمل المدين، لذا من الممكن أن ينشأ الحق الشخصى على شئ غير معين بالذات بل يكفي فيه ان يكون معينا بنوعه ومقداره.

٣ - الحق العينى... على عكس الحق الشخصى يخول صاحبه ميزة، التتبع والأفضلية وتبدو أهمية ميزة التتبع فى حالة انتقال الشئ إلى حيازة الغير دون رضاء صاحب الحق . بمقتضى هذه الميزة يستطيع المالك ان يسترد الشئ ممن سرقه أو اغتصبه.

(١) راجع فى ذلك: جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٢٠٢، بند ٨.

ويستطيع صاحب حق الانتفاع بمقتضى ميزة التتبع ان يباشر حقه فى حالة تصرف المالك فى الرقبة إلى شخص آخر(١).

وميزة التتبع او حق التتبع droit de suite كما يكون فى الحقوق العينية الأصلية يكون ايضا فى الحقوق العينية التبعية وبمقتضاه يستطيع الدائن التنفيذ على الشئ الوارد عليه حقه فى أى يد يكون وترتيبا على ذلك إذا باع المدين الراهن العين المرهونة، كان للدائن المرتهن ان ينفذ عليها بما له من حق التتبع تحت يد المشترى، وعلى العكس من ذلك فان الحق الشخصى «أو حق الدائنية» لا يعطى لصاحبه هذه الميزة.

والحق العينى يكفل لصاحبه فضلا عن التتبع ميزة الأفضلية أوالأولوية Le droit de preference ومقتضاه يستطيع الدائن استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين العادين والدائنين أصحاب التأمينات العينية التالين له فى المرتبة أو القيد.

ويرى بعض الفقهاء أن ميزة الأفضلية أو الأولوية تتوافر على حد سواء فى الحقوق العينية التبعية والحقوق العينية الأصلية(١)، وهكذا فى حق الملكية اذا بيع عقار لأكثر من شخص تكون الأفضلية أو الأولوية لمن سبق الى تسجيل سند شرائه ويتحقق هذا أيضا عن تزاحم أصحاب الحقوق الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، بما فى ذلك حق الانتفاع، وحق الارتفاق.

---

(١) انظر فى ذلك: توفيق فرج، مرجع وموضع سابقين، وعكس ذلك البدراوى، ص ٢٨٧.

وعلى العكس من ذلك فإن الحقوق الشخصية لا تخول الدائن ميزة أو سلطة الأفضلية على الدائنين الآخرين.

وهكذا يكون كل الدائنين فى مرتبة واحدة عند إعسار المدين ويقتسمون اموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء بغض النظرعن أسبقية الحق لبعضه على البعض الآخر.

٤ - الحق العينى يتركز فى شئ معين بالذات، إذ انه يخول لصاحبه سلطة على شئ ولكى توجد هذه السلطةلا بد وان يتحدد الشئ الذى تقع عليه وأن يوجد هذا الشئ وقت الاتفاق أى عند نشوء الحق العينى، ولذلك فإن الحق العينى لايرد على شئ مستقبل.

اما المحل فى الحق الشخصى فهو عمل المدين... لذا لا يشترط ان يترتب الحق الشخصى على شئ معين بالذات بل يكفى ان يكون معينا بنوعه، ومقداره ويمكن ان يكون هذاالشئ مستقبلا بما فى ذلك مثلا... بيع المحصولات الزراعية قبل نضجها وبيع منزل قبل إتمام بنائه(١).

٥ - الحق العينى حق مطلق Absolue يحتج به وينتج أثره فى مواجهة الكافة ولذا فإنه لا ينشأ عنه الا واجب عام سلبى، بالامتناع عن التعرض لصاحبه، اما الحق الشخصى فهو حق نسبى Relatif لايحتج به الا فى مواجهة شخص معين بالذات، هو المدين(٢).

---

(١) انظر، أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٥.
(٢) راجع عكس ذلك، د. جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٢٠٢، بند ٨٠.

٦ - ان قوعد الحيازة ، وما يترتنب عليها من آثار خاصة فيما يتعلق بالتقادم المكسب مسائل خاصة بالحقوق العينية ذلك ان الحيازة هى وضع اليد ولا يتصور ذلك إلا على شئ مادى أى على حق عينى، اما الحق الشخصى فهو رابطة والرابطة شئ معنوى تستعصى على وضع اليد (م ١/٩٧٦ مدنى) وهكذا تنص المادة ١/٩٧٦ مدنى مثلا على أن الحيازة فى المنقول سند الملكية.

- كذا فان الحيازة لمدة معينة فى العقار تؤدى إلى اكتساب الحق العينى العقارى بالتقادم المكسب.

اما بالنسبة للحقوق الشخصية فليس للحيازة دور فيها الا فى بعض الحالات الاستثنائية عندما يندمج الحق الشخصى مع السند المثبت له فيصبح بمثابة منقول يصلح للحيازة مثال ذلك السند لحامله(١).

٧ - الحق العينى يمكن لصاحبه النزول عنه بمحض إرادته، ذلك انه سلطة لشخص على شئ معين، ويجوز لصاحبه بإرادته المنفردة النزول عنه اما النزول عن الحق الشخصى فلا يجوز فى القانون المدنى المصرى، الا بعد اعلام المدين بذلك (م ٣٧١مدنى) او بالاتفاق بين الدائن والمدين فى القانون المدنى الفرنسى.

٨ - الحقوق العينية فى الأصل مؤبدة أو دائمة، ومثال ذلك حق الملكية ويختلف بذلك حق الملكية فى ذلك عن الحقوق المتفرعة عنه مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق، فيمكن الاتفاق على تأقيتها. ويختلف أيضا عن

(١) انظر، أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٧.

الحقوق العينية التبعية مثل حق الرهن والامتياز فهي حقوق مؤقتة لأنها تقوم تابعة لحق شخصى بحيث تزول بمجرد الوفاء بالحق الذى تتبعه او بسقوط هذا الحق.

اما بالنسبة للحق الشخصى فهو لا يكون الا مؤقتا. ذلك ان الحق الشخصى هو رابطة يلزم فيها أحد الأطراف بالقيام بعمل، أو الامتناع عن العمل او الالتزام بإعطاء شئ لذا فإن الحقوق الشخصية مؤقتة باعتبار ان مصيرها هو الوفاء، والرابطة الشخصية لا يمكن تأييدها والا اصبحت قيود على الحرية الشخصية للمدين.

المطلوب الثالث

حقوق الملكية الفكرية(١)

تمهيد وتقسيم:

٣٧- يمكن تعريف حقوق الملكية الفكرية إجمالا على أنهاسلطة لشخص على شئ معنوى، بما فى ذلك حق المؤلف على أفكاره وحق الفنان على لوحاته وحق الملحن على أنغامه(٢) كما يدخل فيها خصوصا براءات الاختراع ونماذج المعرفة، ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة، والمعلومات غير المفصح عنها فيما يسمى بالملكية الصناعية، وكذا العلامات والبيانات التجارية، والموثرات الجغرافية، والتصميمات، والنماذج الصناعية فيما يسمى بالملكية التجارية، وأضيف إليها بقانون٢٠٠٢/٨٢ الأصناف النباتية المستنبطة.

- وفى كل الحالات فإن حقوق الملكية الفكرية على أنواعها سلطة لشخص على شئ، وبدا، تتشابه من هذه الناحية مع احقوق العينية، فكل منها سلطة يباشرها الشخص على شئ تخوله الانتفاع بمزايا الشئ.

وقد عبر عنها المشرع فى القانون الجديد، بأنها حقوق الملكية الفكرية للتأكيد على أنها تشبه حق الملكية، أهم الحقوق العينية، وأوسعها نطاقاً من

(١) انظر Recht le droit bvuteur. unenoubelle form de froprité - L. G.. D. J. 1959- J. Ghestin.Troité de droit civil - T - 1- 1983-P 167et s.

(٢) فيما يسمى فى القانون الجديد رقم ٢٠٠٢/٨٢بالحقوق المجاورة لحق المؤلف انظر املواد ١٣٨، وما بعدها - الجريدة الرسمية ٢ يونية ٢٠٠٢ مكرر وقد تأثر المشرع فى ذلك باتفاقية التربس Trips

حيث السلطة التى يخولها لصاحبه على الشئ(١) ومع ذلك فثمة فرق لا يمكن إنكاره بين حق الملكية فى القانون المدنى، وبين حقوق الملكية الفكرية، كما عبرعها القانون الجديد والأولى ترد على الاشياء المادية وحدها اما محل الحق فهو شئ معنوى، أى نتاج الذهن ، وجهده.

كذا، فحق الملكية مؤبد، بينما حق الملكية الفكرية فى جانبها المالى مؤقتة بمدة معلورمة ينص عليها القانون تستغرق عادة حياة صاحبها، ومدة خمسين سنة أخرى تالية فى أغلب حقوق الملكية الفكرية.

وأخيرا، فإن حقوق الملكية الفكرية لها جانب لا يمكن تجاهله، غير مالى يتصل اتصالا وثيقا بصاحبه، يسمى بالجانب الأدبى أو المعنوى، وهو حق مؤبد، ولا يسقط بالتقادم، ولا يصح النزول عنه، ولا التصرف فيه ويختلف لذلك عن حق الملكية الوارد النص عليه فى القانون المدنى.

وجدير بالملاحظة ان قوانين تنظيم، وحماية حقوق الملكية الفكرية قد مرت بتطور لا يمكن تجاهله. فقد صدر القانون المدنى ١٩٤٨ ونص فى مادته ٨٦ على أن الحقوق التى ترد على شئ غير مادي تنظمها قوانين خاصة.

- لذا اصدر المشرع القانون رقم٣٥٤/١٩٥٤ بشأن حماية حقوق المؤلف وقصد بالحماية المصنفات المكتوبة والشفوية بما فيها المحضرات واتخطب والمواعظ والمصنفات المسرحية والموسيقية والمصنفات المجسمة،

(١) ويسميها البعض «شكرى سرور» ص ٧٢ بأنها الحقوق المختلطة إعتبارا بأنها تشمل على عنصرين، أحدهما أدبى والآخر مالى.

التماثيل والحركية البالية والرقص، الا انه لا يتعلق بالعلامات التجارية او البيانات التجارية، فقد صدر بخصوصها القانون رقم٥٧/١٩٣٩ ولا يتعلق كذلك ببراءات الاختراع، والرسوم والنماذج الصناعية، التى صدر بخصوصها القانون رقم ١٣٢/١٩٤٩.

– ومعنى ذلك، أن القانون رقم٣٥٤/١٩٥٤، لم يشتمل الا على تنظيم وحماية حق المؤلف والحقوق المتعلقة به فيما يمكن تسميته بحقوق الملكية الأدبية والفنية(١).

– وفى عام ١٩٩٢، صدر القانون رقم ٣٢ ليعدل من القانون المذكور ويمد نطاق الحماية الى برامج الحاسب الآلى، وقواعد البيانات، وما يماثلها مما يصدر به قرار وزير الثقافة.

وبذا أصبحت حماية القانون تظل كل مصنف توافر له عنصر الابتكار، ايا كانت طريقة التعبير عنه، بالكتابة، أو الصوت، أو الرسم، أو التصوير، أو الحركة، بينما ظلت حقوق الملكية الصناعية براءات الاختراع وغيرها وحقوق الملكية التجارية البيانات والعلامات التجارية بمنأى عن القانون ٣٥٤/١٩٥٤ وتعديله فاستقلت بتنظيم قانونى خاص، للأولى القانون ٥٧/١٩٣٩ وللثانية، القانون ١٣٢/١٩٤٩(٢)(٣).

---

(١) تسمى بالحقوق المجاورة لحق المؤلف فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢/٢٠٠٢.

(٢) انظرعبد المنعم الصده: حق المؤلف فى القانون المصرى، محاضرات القانون المدنى معهد الدراسات العربية والأفريقية القاهرة ١٩٦٧، عبد الرشيد مأمون الحق الأدبى للمؤلف – النظرية العامة – وتطبيقاتها ١٩٧٨، حسن كيره، ص ٤٨٠، توفيق فرج ص ٥٣٥ البدراوى، شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية ١٩٥٦، ص ٢٢٤، حمدى عبد الرحمن، ص ١٠٥، بند ٧١.

(٣) وكانت دراستهما تدخل ضمن مؤلفات القانون التجارى.

- وقد بقى الحال علي ما عليه، إلى أن صدر القانون رقم ٢٠٠٢/٨٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية كأثر لانضمام مصر إلى منظمة التجارة العالمية والتوقيع على اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية المعروفة باسم التربس Trips(١) والتزامها لذلك بتعديل تشرويعها الوطنى ليتسق وأحكام الاتفاقية المذكورة.

٣٨ - ولنا ملاحظات عدة على القانون الجديد:

أولاً : ان المشرع قد أطلق على حق المؤلف، والحقوق المجاورة له او المتعلقة به، وكذلك على حقوق الملكية التجارية والصناعية والاصناف النباتية المستنبطة تعبير حقوق الملكية الفكرية، برغم اشتمالها على عنصر أدبى أو معنوى، لا يسقط بالتقادم، ولا يجوز التنازل عنه، ولا يصح التصرف فيه بعكس حق الملكية وكان الأفضل ان يسميها بالحقوق الذهنية باعتبار ان محلها شئ معنوى، أو بالحقوق المختلطة كأثر لاشتمال هذه الحقوق على عنصرين: أحدهما أدبى، والآخر مالى(٢) ومع ذلك فقد تأثر المشرع بالتعبير الوارد فى اتفاقية التربس.

---

(١) اختصارا للكلمات

Agrement on trade related of intellectual property Rights

وتشتمل على ٧٣ مادة موزعة علي سبعة أجزاء : الأول عن الأحكام العامة للاتفاقية ومبادئها الأساسية ويليه المعايير الخاصة بشروط حقوق الملكية الفكرية ونطاقها واستخدامها - ونفاذ حقوق الملكية الفكرية، ثم اكتساب حقوق الملكية الفكرية واستمرارها، وما يتصل بها من الاجراءات التى تؤثر فى أطراف العلاقة ثم توقى المنازعات وتسويتهاو والترتيبات الانتقالية ثم الأحكام النهائية.

والهدف من الاتفاقية الدولية، كما يتضح من عنوانها توفير الوسائل الملائمة لحماية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة.

(٢) وكنا نسميها فى ظل القانون القديم ١٩٥٤/٣٥٤ بأنها حقوق من نوع خاص Sui-Generis- انظر أحمد الزفرد، أصول القانون / ٢٠٠٠م.

ثانياً: ألغى القانون الجديد فى مادته الثانية ، القانون رقم ١٩٣٩/٥٧ بشأن العلامات والبيانات التجارية، أما القانون رقم ١٩٤٩/١٣٢ بشأن براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيميائية المتعلقة بالأغذية والمنتجات الكيميائية الصيدلية، فيتم إلغائه اعتبارا من أول يناير ٢٠٠٥.

ومرد الإستثناء المذكور، أن توفير الحماية الواجبة على براءات الاختراع فى نطاق الأغذية والمنتجات الكيميائية الصيدلية سوف يلقى على عاتق الخزانة العامة بعبء مالى باهظ لا تتحمله في الوقت الحالي، يقطع بذلك ان أغلب المشروعات القائمة على تصنيع الدواء والغذاء تستفيد من براءات اختراع أجنبية يترتب على شرائها من المخترع تكاليف مالية باهظة(١) خصوصا وان النص الوارد باتفاقية التربس يخول لمالك براءة الاختراع الحق فى منع الغير من استغلال الاختراع بأية طيقة - كما نص القانون المصرى - وهذا مهم - على الغاء القانون ١٩٥٤/٣٥٤ بشأن حماية حق المؤلف.

وبذا، يكون القانون الجديد قد مد نطاق الحماية لتشمل الملكية التجارية والصناعية وأحدث نوعا من التنسيق والتوحيد فى حقوق الملكية الفكرية عموما، بعد ان كان تنظيمها أو حمايتها مقررة فى قوانين عدة مبعثرة تتعارض أحيانا ويصعب على الباحث والقاضى والمتقاضى التوصل الى أحكامها فى أحيان أخرى.

(١)مما يؤدى بصفة خاصة الى رفع اسعار الدواء والغذاء.

ثالثاً: أن القانون الجديد عرض لحقوق الملكية الفكرية فى أربعة كتب:

الاول عن براءات الاختراع ونماذج المنفعة ، ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة والمعلومات غير المفصح عنها وتدخل فى معنى حقوق الملكية الصناعية بينما خصص الكتاب الثانى للعلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية أى حقوق الملكية التجارية بينما خصص الكتاب الثالث لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له والكتاب الرابع للأصناف النباتية المستنبطة وبذا يتسع نطاق الحماية لحقوق الملكية الفكرية لتشمل مسائل لم يتسع لها القانون القديم ١٩٥٤/٣٥٤ أو تعديله بقانون ١٩٩٢/٣٨ فى ذلك على الأخص التصميات التخطيطية للدوائر المتكاملة والمعلومات السرية غير المفصح عها والمؤثرات الجغرافية واضاف الى ذلك مسألة لم تتضمنها من قبل تشريعات الحماية وهى الاصناف النباتية المستنبطة.

رابعاً : اقام القانون الجديد تفرقة بين حق المؤلف، والحقوق المجاورة له لم تكن معروفة فى القانون القديم ويدخل فى الأولى كل عمل مبتكر أدبى أو فنى أو علمى أيا كان نوعه، أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه اما الحقوق المجاورة لحق المؤلف فهى حقوق المؤدين ومنتجى الفونوغرفات وهيئات البث الاذاعى وقواعد البيانات والحقوق الواردة على شبكة المعلومات الدولية internet.

خامسا : اختار المشرع حماية الحقوق الملكية الفكرية كعنوان للقانون الجديد، برغم انه يتعلق بمسائل شتى منها الأحكام العامة فى حقوق الملكية الصناعية والملكية التجارية وحق المؤلف والحقوق المجاورة له وكيفية اكتساب حقوق الملكية الفكرية واستمرارها ومدى أو نطاق نفاذ حقوق الملكية الفكرية وإجراءات حمايتها ويبدو أن اختيارتعبير الحماية كان الهدف منه ابراز دور القانون الجديد فى مواجهة الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية بأنواعها الثلاثة.

سادساً : القى المشرع على عاتق مجلس الوزراء بناء على عرض الوزراء المختصين اصدار اللائحة التنفيذية لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية فى مدة لا تزيد عن شهر من تاريخ العمل به، وبرغم ان القانون المذكور نشر بالجريدة الرسمية فى ٢ يونية٢٠٠٢ (١) فقد تقاعس مجلس الوزراء حتى الآن (٢) عن اصدار اللائحة التنفيذية للقانون.

وإذا كانت اللائحة فيما رأينا آنفا تتضمن جميع القواعد التفصيلية التى تنظم طريقة تنفيذ التشريع فاننا نفتقد فى شرحنا للقانون الجديد مصدرا مهما للشرح والتفصيل(٣).

(١) فيما عدا أحكام براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيمائية المتعلة بالأغذية والمنتجات الكيمائية الصيدلية، والكائنات الدقيقة، والمنتجات التى لم تكن محل حماية قبل صدور هذا القانون فيعمل بها اعتبارا من أول يناير ٢٠٥.

(٢) أى حتى، وقت نشر المصنف.

(٣) وصدر القانون الجديد، الذى ألغى القانون القديم بشأن حق المؤلف وحقوق الملكية التجارية والملكية الصناعية، وتأخر لائحته التنفيذية إلى اليوم يوقعنا فى حيرة شديدة لا نخفيها، فلا يكن أن نعرض لقانون قديم ملغى. ولا يمكن فى ذات الوقت أن نتناول بالشرح المناسب لقانون جديد بدون لائحته التنفيذية. وبين الخيارين ،. آثرنا الثانى على سند من القول بأن اللائحة التنفيذة مهمة لاكتمال العلم بالقانون . الا انها لا يجوز ان تعدل من نصوص القانون.

٣٩- وسوف نقتصر فى دراستنا لحقوق الملكية الفكرية على ما ورد النص عليه بالقانون الجديد ، فنعرض للمسائل الآتية: أصحاب الحق فى الحماية ومناطها فى المحور الأول ثم مضمون الملكية الفكرية فى المحور الثانى ثم الحماية القانونية الملكية الفكرية فى المحور الثالث.

المحور الأول- أصحاب الحق فى الحماية القانونية فى حقوق الملكية الفكرية، ومناط الحماية.

٤٠- ننوه من البداية بأن أصحاب الحق فى الحماية القانونية فى حقوق الملكية الفكرية مؤلفوا المصنفات المبتكرة، والمقصود بالابتكار فى هذا الصدد الطابع الابداعى الذى يسبغ الاصالة على المصنف، م ٣/١٣٨ من القانون الجديد وطبق المشرع ذات المعيار على حقوق الملكية الصناعية بنصه فى المادة الاولى على أن براءات الاختراع لاتمنح إلا عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعى، ويمثل خطوة ابداعية والمعنى أن الاختراع الذى يمنح البراءة يتعين ان يكون خاصا بمنتجات صناعية جديدة، او بطرق صناعية مستحدثة، أو حتى بتطبيق جديد لطرق صناعية كانت معروفة.

كما نصت المادة ٦٣ على أن العلامة التجارية هى كل ما يميز منتجات سلعة أو خدمة عن غيره، ولا تكون العلامة مميزة، ما لم تكن مبتكرة وبخصوص الاصناف النباتية المستنبطة فإنه يشترط للتمتع بالحماية القانونية ان يكون الصنف متسماً بالجدة والتميز والتجانس والتباين(١).

(١) المادة ١٩٢ من القانون الجديد.

فإذا افترضنا ان من يتمتع بالحماية القانونية فى حقوق الملكية الفكرية بأنواعها الثلاثة هم مؤلفوا المصنفات المبتكرة فى حق المؤلف، والحقوق المجاورة، وأصحاب الاختراعات المبتكرة، والعلامات والبيانات التجارية المميزة، وأصحاب الاصناف النباتية المستنبطة الجديدة.

فإننا نتناول بداية اصحاب الحق فى الحماية ثم الابتكار على التفصيل الاتى بيانه:

١ - اصحاب الحق فى الحماية القانونية:

نسارع الى التنويه بان المؤلف هو صاحب الحق فى الحماية القانونية فى حقوق الملكية الأدبية والفنية هو الشخص الذى ابتكر المصنف، ويعد مؤلفا للمصنف من يذكر اسمه عليه، أو ينسبه اليه عند نشره باعتباره مؤلفا له ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

كما يعتبر مؤلفا للمصنف من ينشرة بغير اسمه، او باسم مستعار بشرط الا يقوم شك فى معرفة حقيقة شخصه. فإذا قام الشك اعتبر ناشر أو منتج المصنف سواء أكان شخصا طبيعيا أم اعتباريا ممثلا للمؤلف فى مباشرة حقوقه الى أن يتم التعرف على حقيقة شخص المؤلف أخذا من المادة ١٣٨/٣.

والمعني أن المشرع قد وضع قرينة مؤداها ان من ينشر المصنف منسوبا اليه يعتبر هو المؤلف وبالتالي صاحب الحق الأدبى، والمالى على مؤلفه على أن هذه القرينة غير قاطعة، وقابلة لإثبات العكس وعلى كل من

يدعى أنه صاحب الحق على المصنف ان يقيم الدليل على أنه المؤلف الحقيقى رغم نشره منسوبا لشخص آخر فإن نشر المصنف بدون اسم مستعار، اعتبر الناشر مؤلفا شريطة الا يقوم شك فى الاستدلال على حقيقة شخصه، فإن وقع شك اعتبر الناشر أو منتج المصنف ممثلا لمؤلفه وله مباشرة حقوقه الأدبية والمالية الى أن يتم التعرف على شخص المؤلف، ولايهم بعد ذلك ان يكون الناشر او منتج المصنف شخصا طبيعيا او اعتباريا.

والمصنف، موضوع الحماية فى الحقوق الذهنية يشمل بداية (أ) الكتب، والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة أى بما فى ذلك برامج الحاسب الآلى. وقواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب الآلى أو غيره مثل المحاضرات والخطب والمواعظ وأية مصنفات شفوية أخرى إذا كانت مسجلة مثل المصنفات التمثيلية والتمثيليات الموسيقية والتمثيل الصامت «البانتوميم» والمصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة به مثل المصنفات السمعية والبصرية، مصنفات العمارة مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان والنحت والطباعة على الحجر وعلى الاقمشة وأية مصنفات مماثلة فى مجال الفنون الجميلة.

ب – المصنفات الفوتوغرافية، وما يماثلها بما فى ذلك مصنفات الفن التطبيقى والتشكيلى والصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والرسومات التخطيطية والمصنفات الثلاثية الابعاد المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو التصميمات المعمارية.

ح - المصنفات المشتقة وذلك دون الإخلال بالحماية المقررة للمصنفات التى اشتقت منها كما تشمل الحماية عنوان المصنف اذا كان مبتكرا.

والثابت أن القانون لا يسبغ حمايته على مجرد الافكار والاجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل والمفاهيم والمبادئ والاكتشافات والبيانات ولو كان معبرا عنه أو موصوفه او موضحة أو مدرجة فى مصنف ولا تشمل الوثائق الرسمية ومنها نصوص القوانين واللوائح والقرارات والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء وأحكام المحكمين .. ولأخبار الحوادث والوقائع الجارية التى تكون مجرد أخبار صحفية، كذا ، لا تظل حماية القانون الفلكلور الوطنى.

ومع ذلك تتمتع مجموعات ما تقدم بالحماية اذا تميز جمعها بالابتكار فى الترتيب والعرض او بأى مجهود شخصى جدير بالحماية.

أما الفلكلور الوطنى فيعتبر ملكا للشعب، وتباشر الوزارة المختصة عليه حقوق المؤلف الأدبية والمالية وتعمل على حمايته وتدعيمه إعمالاً لنص المادة ١٤٢ من القانون.

ومجمل ما تقدم أذن أن القانون يسبغ حمايته بالنسبة لحقوق الملكية الأدبية والفنية على كل مصنف توافر له عنصرالابتكار على التفصيل الآتى بيانه:

٢-مناط الحماية القانونية للمصنف، الابتكار:

٤٢- المقصود بالابتكار كمناط لحماية حقوق الملكية الفكرية عموما المجهود الابداعى الذى ينشئ للشخص الحق فى الحماية القانونية بحيث لا يتسنى بدونه حماية الحق نفسه.

وليس المقصود بالابتكار تلك الافكار او النظريات او الاساليب او التطبيقات التى ابتدعت لأول مرة فقط، بل يمتد مفهوم الابتكار وعاء الحماية القانونية للملكية الفكرية ليشمل اى مجهود ذهنى يقوم به شخص ما يتجلى فيه بشخصيته، وتأكيدا لذلك وتفصيلا له فان عمليات التجميع الرسمية مثل نصوص القوانين واللوائح والاتفاقيات الدولية او أخبار الحوادث والوقائع الجارية، لا يكن ان تسمى بالابتكار. اذ لا تخرج عن كونهاعملية مادية، وليس ذهنية وبذا لا تستحق الحماية القانونية لأصحابها الا عن المخترعات الجديدة القابلة للتطبيق أو فيما عبر عنه القانون الجديد، المخترعات التى تمثل خطوة ابداعية.

وتمنح البراءة عن كل تعديل ، أو تحسين أو اضافة ترد على اختراع سبق أن منحت عنه براءة بشرط الجدة، او الابداع - م ١ من القانون وبذا ، يؤكد المشرع على تنبى المفهوم الواسع للابتكار، مناط الحماية القانونية فى الحقوق الفكرية، أى الذى يمتد ليشمل الاكتشاف لأول مرة، او ادخال تعديلات على مسائل سبق اكتشافها اذا عبرت عن شخصية صاحبها وتميزت بالجدة والابداع وعليه ورد نص المادة١٣٨/٢ صريحا بان الابتكار هو الطابع الابداعى الذى يسبغ الاصالة على المصنف ولما

كان الطابع الابداعى يتوفر للنظريات الجديدة او تلك القائمة وأدخلت عليها تعديلات جوهرية تعين التسليم بان المشرع فى القانون الجديد كسابقه يتبنى المفهوم الواسع للابتكار بما يستتبعه بالضرورة من توسيع نطاق الحماية القانونية للملكية الفكرية.

وتبعا لذلك لا يسبغ المشرع حماية على الوثائق الرسمية واخبار الحوادث والوقائع الجارية لأنها - فيما قدمنا - عملية مادية لا ذهنية لا تستأهل حماية القانون، الا ان الحكم يختلف اذا صاحب عملية التجميع المادية للمسائل السابقة عمليات فنية أو ذهنية بما فى ذلك التنقيح ، أو الاختيار، او التعليق، أو التقسيم او التبويب فعندها يتوفرشرط الابتكار فيضفى عليها المشرع حماية خاصة.

ولذا نصت المادة ١٤١/ ثانيا من القانون على أن الوثائق الرسمية وأخبار الحوادث والوقائع الجارية تتمتع بالحماية اذا تميز جمعها بالابتكار فى الترتيب، والعرض، أو بأى مجهود شخص جدير بالحماية.

وفى كل الحالات فإن الحماية القانونية لحقوق المولف، تشمل عنوان المصنف اذا كان مبتكرا - م ١٤٠/١٣ من القانون الجديد.

ولا تشمل مجرد الافكار والاجراءات واساليب العمل وطرق التشغيل والمفاهيم والاكتشافات والبيانات ولو كان معبرا عنها او موصوفة او موضحة او مدرجة فى مصنف لأنها لا تنم فى صورتها المجردة عن ابداع او ابتكار.

وعلى العكس من ذلك فإن ترجمة المصنف من لغة إلى أخرى، يعتبر ابتكارا يتوفر به معيار الحماية القانونية والحقيقة ان الترجمة تعبير عن قدرات وابداعات وكفاءة المترجم خصوصا بما تشتمل عليه من لغةسليمة ودقة متناهية وذوق دقيق. وجهد فكرى أو ذهنى يستأهل الحماية الواجبة خصوصا وان القانون الجديد قد ألقى على عاتق المترجم بالتزامات عدة أهمها الا يسئ بعمله الى سمعة المؤلف، ومكانته، والا يقوم بتعديل المصنف المترجم سواء كان التعديل بالحذف، أو التغيير مع إغفال الاشارة إلى مواطن الحذف او التغيير - م ١٤٣/ ثالثا.

وثمة مشكلة تقوم عملا، عندما يظهر مصنف سابق، مع التعليق عليه او الشرح له اوتعديله او اختصاره أو اتاحته للجمهور عبر أجهزة الحاسب الآلى او من خلال شبكة المعلومات الدولية internet أو غيرها من الوسائل وكان ذلك بترخيص من المؤلف او خلفه العام «ورثته» فهل يتمتع هؤلاء بحماية القانون؟ والاجابة بالايجاب مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الاصلى، طالما ان التعليق أو الشرح أو التعديل أو الاختصار، او الاذاعة تتضمن شئ من الجهد والابداع الشخصى(١). وقد تواتر قضاء النقض المصرية(٢) بخصوص حق المؤلف على أنه لا يكون لصاحبه الطبعة الجديدة حق المؤلف عليهاإلا أنه إذا تميزت هذه الطبعة عن المنقولة عنها بسبب يرجع الى الابتكار او الترتيب او التنسيق او بأى جهد ذهنى آخر يتسم بالطابع الشخصى فإن صاحب الطبعة الجديدة يكن له

---

(١) ورد النص على ذلك صراحة فى القانون القديم ١٩٥٤/٣٥٤ - المادة ١/٣ بينما لم يرد النص عليه بالقانون الجديد، ولكنه مفهوم من مجموعة نصوصه.

(٢) فى ظل القانون القديم - مثلا - نقض ٧ يوليو ١٩٦٦/ أحكام النقض / س /

عليه حق المؤلف، ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق.. وتابعت محكمتنا العليا بانه لايلزم لإضفاء الحماية القانونية ان يكون المصنف من تأليف صاحبه، وإنما يكفى أن يكون عمل واضعه حديثا فى نوعه متميزا بطابع شخصى لصاحبه بما يضفى عليه وصف الابتكار.

وفى حقوق الملكية الصناعية لا تمنح براءة الاختراع طبقا لأحكام القانون الجديد الا عن الإختراع الجديد الذى يمثل خطوة ابتداعية. ولا يهم بعد ذلك ان يتعلق الاختراع بمنتجات صناعيةجديدة، او بطرق مستحدثة او بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة على النحو الذي بسطناة آنفا.

وقد توسع المشرع فيما يعتبر اختراعا مبتكرا فلم يقصره على الاختراعات الجديدة وحدها بل يمنحه عن كل تعديل او تحسين او اضافة ترد على اختراع سبق ان منحت عنه براءة شريطة ان يتوافر له الجدة والابداع والقابلية للتطبيق الصناعى

وفى الحالتين أى سواء كان الاختراع جديدا او كان محض تعديل او تحسين او اضافة على اختراع قديم فيجب ان يتسم فى الحالتين بالجدة، والابداع او الابتكار.

وجديسر بالملاحظة أن المشرع قد استثنى بعض الاختراعات لا يمنح عنها االبراءة حتى لو توفر لها معيار الابتكار وذلك لأسباب عدة، منها وأهمها:

أ - **الاختراعات** التى يكون من شأن استغلالها المساس، بالأمن القومى، او **الإخلال** بالنظام العام أو الآداب العامة أو الاضرار الجسيم بالبيئة ، أو **الاضرار** بحياة او صحة الانسان او الحيوان، او النبات.

ب - **الاكتشافات** والنظريات العلمية، والطرق الرياضية والبرامج والمخططات..

ج - **طرق** تشخيص وعلاج وجراحة الانسان او الحيوان.

د - **النباتات**، والحيوانات أيا كانت درجة ندرتها او غرابتها، وكذلك الطرق التى تكون فى أساسها بيولوجية لانتاج النباتات او الحيوانات، وعدا الكائنات الدقيقة، والطرق غير البيولوجية، والبيولوجية الدقيقة لانتاج النباتات او الحيوانات.

هـ - **الاعضاء**، والانسجة والخلايا الحية، والمواد البيولوجية والحمض النووى D.N.A. والجينوم.

إنما يثور التساؤل عن الآثار التى تترتب على منح البراءة لاختراع ما؟

والحقيقة ان البراءة تخول مالكها بداية الحق فى منع الغير من استغلال الاختراع بأية طريقة فضلا عن احتكار استغلاله والافادة من جميع الحقوق الأدبية الأخرى.

وجدير **بالملاحظة** أن معيار الحماية فى منح براءة نموذج المعرفة، كل اضافة تقنية جديدة فى بناء أو تكوين وسائل أو أدوات أو عدد أو

أجزائها أو منتجات أو مستحضرات او طرق انتاج كل ما تقدم وغير ذلك مما يستخدم فى الاستعمال الجارى.

وأخيرا فالمشرع يفصح عن إرادته فى حماية الدوائر المتكاملة والتصميمات التخطيطية بشرط ان تكون مبتكرة والمقصود بالدوائر المتكاملة كل منتج فى هيئته النهائية او فى هيئته الوسيطة يتضمن مكونات أحدها على الأقل يكون عنصرا نشطا مثبتة على مادة عازلة، وتشكل مع بعض الوصلات أو كلها كيانا ماتكاملا يستهدف تحقيق وظيفة الكترونية محددة.

والتصميم التخطيطى، كل ترتيب ثلاثى الابعاد معد لدائرة متكاملة بغرض التصنيع.

وتأكيدا على أن مناط الحماية للتصميم التخطيطى للدوائر المتكاملة هو الابتكار ماورد بنص المادة ٤٦ من القانون الجديد، على أن يتمتع بالحماية طبقا لأحكام القانون التصميم التخطيطى الجديد للدوائر المتكاملة ويعتبر التصميم التخطيطى جديدا متى كان نتاج جهد فكرى بذله صاحبه ولم يكن من بين المعارف العامة الشائعة لدى أرباب الفن الصناعى المعنى.

ومع ذلك يعتبر التصميم التخطيطى جديدا اذا كان اقتران مكوناته واتصالها ببعضها جديدا فى ذاته على الرغم من ان المكونات التى يتكون منها قد تقع ضمن المعارف العامة الشائعة لدى أرباب الفن الصناعى المعنى.

٤٣- ولا تثور صعوبة فى تحديد مدلول المصنف، اذا كان المؤلف نفسه هو المبتكر انما تثور الصعوبة عن تحديد مفهوم المصنف اذا تعلق الأمر بالمصنف المشترك والمصنف الجماعى والمصنف المشتق على التفصيل الآتى بيانه:

أ - المصنف المشترك :

إذا كان المصنف فيما قدمنا كل عمل مبتكر أدبى أو فنى أو علمى ايا كان نوعه او طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه فإن المصنف المشترك هو الذى يشترك فى وضعه اكثر من شخص سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه او لم يمكن ذلك.

والمعنى أن الاشتراك فى الابتكار إما أن يكون مختلطا Mixtes بحيث لا يمكن تحديد نصيب كل فرد فيه او فصله عن نصيب الآخرين وإما ان يكون نصيب كل فرد فيه مميزا، ومحددا بحيث يسهل فصله.

وفى الحالة الأولى أى حيث لا يمكن تمييز نصيب كل من المشتركين فإن جميع المشتركين مؤلفين للمصنف بالتساوى فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك، وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف الا باتفاق مكتوب بينهم.

واذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن كان لكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حده بشرط الا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك فى مجمله ما لم يتفق كتابة على غير ذلك.

ولكل من المؤلفين المشتركين والفرض انه لا يمكن تمييز نصيب كل منهم فى المصنف الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع اعتداء على أى حق من حقوق المؤلف.

وأخيرا، إذا مات أحد المؤلفين الشركاء دون خلف عام او خاص يؤول نصيبه الى باقى الشركاء او خلفهم، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك.

والمقصود بالنصيب الذى يؤول الى الورثة أو الخلف الخاص هو حق الاستغلال المالى لا الأدبى.

أما فى الحالة الثانية، أى حيث يمكن تمييز نصيب كل مشترك فى المصنف المشترك فيتعين الاعتراف لكل منهم بالحق الذهنى على نصيبه الخاص الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك والمعنى، ان المؤلف لا يعطى حقا على مجموع المصنف المشترك بل يستأثر وحده بنصيبه فيه.

وفى كل الحالات فإن القاعدة التى أتى بها القانون مكملة بحيث يجوز الاتفاق على غيرها.

وجدير بالملاحظة ان الحقوق المالية لمؤلفى المصنفات المشتركة تتم لمدة تستغرق حياته من جميعا - ولمدة خمسين سنة تبدأ من وفاة آخر من بقى حيا منهم على أن المسألة تصبح أكثر دقة، عندما يتعلق الحكم بالحقوق المجاوروة فقد ورد النص صريحا على أنه اذا امتنع احد الشركاء فى تأليف مصنف سمعى بصرى، او سمعى اوبصرى عن إتمام الشق الخاص به فلا يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء

الذى أنجزة كل منهم،، دون إخلال بما للممتنع من حقوق مترتبة على اشتراكه فى التأليف م ١٧٧ من القانون الجديد.

والمشرع بالنص السابق يواجه الفرض الذى يتفق فيه مجموعة من المؤلفين على وضع مصنف مشترك بالصوت والصورة معا او بأحدهما ثم يتقاعس واحد منهم عن إتمام الجزء الخاص به بينما يقوم الباقى بإنجاز الشق الخاص به فهل يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء الذى أنجزه كل منهم؟ اذا كانت الاجابة بالايجاب فمعنى ذلك الإضرار بمن نهض من المؤلفين المشتركين بإنجاز عمله والمساس بالعمل فى مجمله، بما يترتب على ذلك من نتائج سلبية تبعث على كراهية العمل المشترك وهو روح العصر الحديث وفلسفته لذا واجه المشرع تقاعس اى من المؤلفين المشتركين عن إتمام الجزء الخاص به من المصنف السمعى البصرى، أو السمعى أو البصرى فنص على أن ذلك لا يؤدى إلى غل يد باقى المشتركين عن استعمال الجزء الذى أنجزه كل منهم دون إخلال بما للممتنع عن حقوق مترتبة على اشتراكه فى التأليف.

ب – المصنف الجماعى :

هو المصنف الذى يضعه اكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعى أو اعتبارى يتكفل بنشره باسمه وتحت ادراته ويندمج عمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى إو الاعتبارى بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حده.

ويختلف المصنف الجماعى عن المصنف المشترك فى مسألتين : الأولى ان المصنف الجماعى ينشر باسم وتحت إدارة شخص طبيعى او اعتبارى وبتوجيه خاص منه بينما المصنف المشترك ينشر باسم مؤلفيه المشتركين ولتحقيق أهدافهم من نشره.

كذا، فالمصنف الجماعى لاينفصل فيه عمل مؤلفيه اى لا يمكن تمييزعمل أى منهم عن الآخر بينما يشتمل المصنف المشترك على فرض يمكن فيه فصل نصيب كل مؤلف عن الآخر.

فإذا إنتهينا إلى أن المصنف الجماعى ينشر باسم وبتوجيه شخص طبيعى، او اعتبارى فيبقى التأكيد بأن المقصود من الشخص الاعتبارى الدولة أو احدى الهيئات العامة التابعة لها الوزارة المحافظة.. الخ تشرح فيه سياسة معينة او تدعو إلى رأى أو فكر، أو اسلوب محدد فى ناحية من النواحى الاقتصادية او الاجتماعية أو السياسية.

وفى كل الحالات يكون للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى وجه الى ابتكار المصنف الجماعى التمتع وحده بالحق فى مباشرة حقوق المولف عليه.

وقد نص القانون الجديد على حماية الحقوق المالية لمؤلفى المصنفات الجماعية مدة خمسين سنة، تبدأ من تاريخ نشرها، أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد، إذ كان مالك حقوق المؤلف شخصا اعتباريا.

فإن كان مالك هذه الحقوق شخصيا طبيعيا فتكون مدة الحماية مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف.

ج - المصنف المشتق:

هو المصنف الذى يستمد أصله من مصنف سابق الوجود بما فى ذلك مثلا: الترجمات والتوزيعات الموسقية، وتجميعات المصنفات بما فيها قواعد البيانات المقروءة من الحاسب الآلى، أو غيره ومجموعات التعبير الفلكوري ما دامت مبتكرة من حيث ترتيب او اختيار محتوياتها.

المحور الثاني: مضمون الملكية الفكرية:

٤٤ - إنتهينا بأن الملكية الفكرية على أنواع أربعة: الملكية الصناعية، والملكية التجارية، والاصناف النباتية المستنبطة والملكية الأدبية والفنية(١) والأخيرة تخول لصاحبها الحق الأدبى على نتاجه الفكرى والذهنى.

ولذا نصت المادة ١٤٣ من القانون الجديد، بأن المؤلف، وخلفه العام يتمتع على المصنف بحقوق أدبية أبدية، غير قابلة للتقادم أو التنازل عنها - وتشمل هذه الحقوق ما يلى:

أولاً : الحق فى إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة.

ثانياً : الحق فى نسبة المصنف إلى مؤلفه

(١) ونقصد بالملكية الأدبية والفنية، حق المؤلف، والحقوق المجاورة

ثالثاً: الحق فى منع تعديل المصنف تعديلا يعتبره المؤلف تشويها أو تحريفا له.

رابعاً : للمؤلف، وحده سلطة تعديل أو سحب المصنف من التداول.

كما يخول حق المولف، والحقوق المجاورة لأصحابها الحق المالى أى الاستئثار بثمرة جهده الذهنى من الناحية المالية، فيما يسمى بحق احتكار الاستغلال أخذا من نص المادة ١٤٧ من القانون .

ونلفت النظر بأن الحق المالي، بخلاف الحق الأدبى، يمكن التصرف فيه، ويجوز التنازل عنه، ويسقط بالتقادم، بمدة تستغرق حياة المؤلف ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاته.

٤٥ - ونعرض تفصيلا للحقين الأدبى والمالى للمؤلف على النحو الآتى:

أولاً : الحق الأدبى:

٤٦- قدمنا بأن الحق الأدبى للمؤلف يشتمل على عناصر عدة وأهمها:

حق المؤلف فى إتاحة المصنف لأول مرة للجمهور والمعنى أن القانون يخول المؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه وتحديد طريقة هذا النشر، كما يكون له الحق فى عدم نشر المصنف وذلك لاعتبارات أدبية ، أو فنية، أو حتى زمنية تمنعه من نشره ولا يمكن إجبار المؤلف على نشر مصنفه، ولا تحديد طريقة نشره باعتباره حقا لصيقا بالشخصية، أو من الحقوق المطلقة للمؤلف.

وإذا كانت القاعدة، أن المؤلف وحده الحق فى إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة، فقد استثنى منها المشرع استثناءات عدة مردها تسهيل سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى، إذا كانت لا تمس بحقوقه الأدبية ومن ذلك انه ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه ان يمنع الغير من القيام بما يلى:

اولاً : أداء المصنف فى إجتماعات داخل اطار عائلى، أو عن طريق الدارسين داخل المنشأة التعليمية ما دام ذلك يتم بدون تحصيل مقابل مالى مباشر او غير مباشر.

ثانياً :عمل نسخ وحيدة من المصنف لاستعمال الناسخ الشخصى المحض وبشرط الا يخل هذا النسخ بالاستغلال المالي للمصنف، أو يلحق ضررا غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف، أو لأصحاب حق المؤلف.

ومع ذلك يكون للمؤلف أو خلفه بعد نشر مصنفه ان يمنع الغير من القيام بدون إذنه بنسخ أو تصوير مصنفات الفنون الجميلة، او التطبيقية، او التشكيلية ما لم تكن فى مكان عام، وكذلك المصنفات المعمارية، ولا نسخ ولا تصوير النوتة الموسيقية كلها أو جزء منها ولا نسخ، ولا تصوير جزء جوهرى من قاعدة بيانات او برامج الحاسب الآلى.

ثالثاً : ولا يجوز للمؤلف بعد نشر مصنفه ان يمنع الغير من عمل نسخة وحيدة من برامج الحاسب الآلى بمعرفة الحائز الشرعى له بغرض الحفظ أو الإحلال عند فقد النسخة الاصلية او تلفها او عدم صلاحيتها

للاستخدام. أو الاقتباس من البرنامج ما دام فى حدود الغرض المرخص به، ويجب اتلاف النسخة الاصلية او المقتبسة بمجرد زوال سند الحائز.

رابعاً : ولا يجوز للمؤلف، بعد نشر مصنفه منع الغير من القيام بدراسات تحليلية للمصنف لأغراض النقد، او المناقشة، او الاعلام.

خامساً : ولا يجوز للمؤلف منع الغير من نسخ مصنفه للاستعمال فى إجراءات قضائية او إدارية فى حدود ما تقتضيه هذه الاجراءات مع ذكر اسم المصدر ، واسم المؤلف.

سادساً : ولا يجوز له منع الغير من نسخ أجزاء قصيرة من مصنفه لأغراض التدريس، او الايضاح أو الشرح سواء كان المصنف مكتوبا او مسموعا أو مرئيا مع ذكر اسم المؤلف وعنوان المصنف.

ولا يكون له منع الغير لأغراض التدريس فى منشآت تعليمية لشرح مقال بأكمله، أو مصنف قصير، بشرطين: أن يكون النسخ لمرة وحيدة، او فى أوقات منفصلة، وان يشار إلى اسم المولف، وعنوان المصنف على كل نسخة.

سابعاً : ولا يكون للمؤلف منع الغير من تصوير نسخة وحيدة من المصنف بواسطة دار الوثائق او المحفوظات او بواسطة المكتبات التى لا تستهدف الربح.

وأخيرا فليس للمؤلف او خلفه، أن يمنع الصحف، او الدوريات او هيئات الاذاعة من نشر مقتطفات من مؤلفاته التى أتيحت للجمهوور بصورة مشروعة، ولا نشر الخطب والمحاضرات، والندوات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية.

٢ – سلطة تعيين نسب المصنف:

أخذا من نص المادة ١٣٢ فإن للمؤلف وحده الحق في أن ينسب اليه مؤلفه، وبالتالى له الحق بأن يدفع أى إعتداء على هذا الحق .

وتفصيلا لذلك، فإن المؤلف الحق فى أن ينسب مصنفه اليه باسمه، أو باسم مستعار أو حتى بدون اسم على الاطلاق. وإذا نشر المصنف بدون اسم أو باسم مستعار، يظل للمؤلف وحده الحق فى الكشف عن أبوته لهذا المصنف، وانتسابه اليه في أى وقت يشاء فهو حق أدبى والحقوق الأدبية لا تسقط بالتنازل عنها ولا بعدم استعمالها مهما طالت المدة(١)

٣ – سلطة تعديل ،. وسحب المصنف:

– الثابت أن للمؤلف الحق فى عمل ما يشاء من تعديل أو تحوير على مصنفه وذلك لضرورات علمية او حضارية قد يراها .

ومقابل ذلك فإن للمؤلف الحق فى منع الغير من تعديل المصنف تعديلا يعتبره المؤلف بمثابه تشويه أو تحريف أو إخلال بمضمون مؤلفه.

على أن التعديل فى مجال ترجمة المصنف حتى لو كان جوهريا لا يعتبر اعتداء على الحق الأدبى للمؤلف سوى فى حالتين: الاولى، أن يكون المترجم قد أحدث التعديل على المصنف، مع إغفال الاشارة إلى مواطن الحذف والتغيير. والثانية: ان ينطوى التعديل على اساءة لسمعة المؤلف ومكانته.

---

(١)وسوف نرى بأن القانون يحمى الحقوق المالية على المصنفات التى تنشر بدون اسم مؤلفها، أو باسم مستعارلمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها او إتاحتها للجمهورلأول مرة أيهما ابعد، فإذا كان مؤلفها شخصا معروفا ومحددا او كشف مؤلفها عن شخصه فتكون مدة الحماية مدة حياته، ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف – المادة ١٦٣/ محموله على المادة ١٦٠ من القانون الجديد.

– كذا فإن للمؤلف السلطة فى سحب مصنفه من التداول، اذا تم طرحه فعلاً، كما يكون له الحق فى منع طرحه للتداول أصلا وله كذلك الحق فى إدخال تعديلات جوهرية عليه، برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى.

ومع ذلك فإن سلطة سحب المصنف، او منع طرحه من التداول او ادخال تعديل جوهرى عليه بعد تصرف المؤلف فى حقوق الاستغلال المالى مقيدة بقيدين: الأول ان تطرأ أسباب جدية تدعو الى منع طرح المصنف او سحبه او تعديله وتتنوع الأسباب المذكورة فقد تتمثل فى رغبة المؤلف المحافظة على سمعته الأدبية أو الفنية، او الاستجابة لما يفرضه التطور العلمى أو الأدبى أو الفنى ونضرب مثلا على ذلك بانه لا يستطيع مفكر فى الوقت الحالى، التنظير للشيوعية خصوصا بعد ثورة أوربا الشرقية عليها وسقوط وانهيار الاتحاد السوفيتى القديم.

والقيد الثانى: أن سلطة المؤلف فى منع تداول مصنفه او سحبه بعد طرحه أو إدخال تعديل جوهرى عليه تكون مقابل تعويض عادل يدفع مقدما الى من آلت اليه حقوق الاستغلال المالى.

وعلى أية حال، فإن سلطة السحب، أو المنع أو التعديل تكون تحت رقابة المحكمة الابتدائية المختصة التى تحدد ماهية الأسباب الجدية، تحدد ومبلغ التعويض العادل والمدة اللازم دفعه فيها.

وننبه بأن الجانب الأدبى من حقوق الملكية الأدبية والفنية يدخل ضمن حقوق الشخصية فلا يقوم بمال، ولا يجوز التصرف فيه او الحجز عليه، ولا يسقط بالتقادم.

لذا، نصت المادة١٤٥ من القانون الجديد، على أنه يقع باطلا بطلانا مطلقا كل تصرف يرد على أى من الحقوق الأدبية الوارد النص عليها.

كذا فقد تضمن القانون القديم رقم ١٩٥٤/٣٥٤، نصا لايجيز الحجز على حق المؤلف، ولا الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها(١) وبرغم عدم النص على ذلك بالقانون الجديد، فإنه مسلم به إعمالا للقواعد العامة وبالتالي لا يجوز الحجز على الجانب المعنوى من حق الملكية الأدبية والفنية، بما فى ذلك الميزات أو المكنات الثلاث التى تقدم ذكرها.

(١) المادة ١٠ من القانون القديم الماضى.

ومن الثابت ان الجانب الأدبى فى حقوق الملكية الأدبية والفنية لا يتقادم ابدا شأنه فى ذلك شأن حقوق الشخصية وعليه فعدم استعمال المؤلف، المكنات أو الميزات التى يخوله اياها حقه، لا تسقط بالتقادم، بل إنها تنتقل إلى خلفه العام وتبقى دائما لهم، أى حتى بعد انقضاء الجانب المالى لحقه.

وتأكيدا لذلك ورد بصدر المادة ١٤٣ من القانون، بأن، المؤلف وخلفه العام يتمتع على المصنف بحقوق أدبية أبدية، غير قابلة للتقادم ونصت المادة ١٥٥ على أن يتمتع فنانو الأداء وخلفهم العام بحق أدبى أبدى لا يقبل التنازل عنه او التقادم.

ومجمل القول إذن ان الجانب الأدبى فى حقوق الملكية الأدبية والفنية حق دائم لا ينقضى بموت صاحبه، ولا بمضى أى مدة بعد موته.

ثانياً : الحقوق المالية :

٤٧- الحق المالى هو العنصر الثانى فى حقوق الملكية الفكرية عموما، وفى حق المؤلف والحقوق المجاورة بصفة خاصة، ويعرف بحق احتكار الاستغلال.

وإعمالا لنص المادة ١٤٧ من القانون الجديد، فإن المؤلف وخلفه العام من بعده يتمتع بحق استئثارى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه.

والاستغلال المالى للمصنف يكون بطريق نشره ونسخه وتأجيره إلى الغير عن طريق عقد يسمى بعقد النشر الذى ينقل فيه المؤلف كل او بعض حقوقه المالية الى المتعاقد معه.

على أن حق التأجير للمصنف لا ينطبق على برامج الحاسب الآلى اذا لم تكن هى المحل الاساسى للتأجير، ولا على تأجير المصنفات السمعية البصرية متى كان لايؤدى الى إنتشار نسخها على نحو يلحق ضررا ماديا بصاحب الحق الإستئثارى «المؤلف».

فإذا انتهينا بأن للمؤلف الاستئثار بالحق المالي والافادة من كل المزايا التى يعطيها له مصنفه، فإن احتكار الاستغلال ينقضى فى حالتين: الأولى إذا قام المؤلف باستغلال مصنفه وتسويقه فى أية دولة، أو رخص للغير بذلك والمعنى أنه إذا استغل المؤلف مصنفه، أو أذن للغير بذلك فإنه يستنفد حقه فى منع الغير من استيراد او استخدام او بيع او توزيع المصنف المحمى. على ان ترخيص المؤلف باستغلال أحد الحقوق المالية للغير لا يعتبر ترخيصا منه باستغلال اى حق مالى آخر يتمتع به على المصنف .

وتنتهى حماية حق المؤلف المالية ومن ترجمة إذا لم يباشر كل منها الحق بنفسه أو بواسطة غيره خلال ثلاث سنوات من تاريخ اول نشر للمصنف الاصلى أو المترجم.

ويشترط فى عقد النشر، الذى ينقل فيه المؤلف كل أو بعض حقوقه المالية الى المتعاقد معه الشرائط الآتية:

أولاً : يجب ان يكون العقد مكتوبا والكتابة ركن لانعقاد عقد النشر وليست وسيلة لاثباته.

ثانياً : أن يحددّ فيه صراحة، وتفصيلا كل حق يكون محلا للتصرف على حده، مع بيان مداه، أو نطاقه، ومدة الاستغلال لهذا الحق، ومكانة بحيث يكون للمؤلف مالكا لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية.

ثالثاً : ان يتقاضى المؤلف المقابل النقدى أو العينى الذى يراه عادلا نظير نقل حق او اكثر من حقوق الاستغلال المالي لمصنفه إلى الغير ويمكن ان يتمثل المقابل المذكور في المشاركة بنسبة من الايراد الناتج من الاستغلال او مبلغ جزافى كما يمكن الجمع بين المسألتين.

فإذا توافرت الشرائط السابقة ، كان العقد صحيحا، منتجا لآثاره فى مواجهة المؤلف والمتعاقد معه، بحيث يمتنع المؤلف خصوصا عن القيام بأى عمل من شأنه تعطيل استغلال الحق محل التصرف، ومع ذلك إذا نقل المؤلف بعض أو كل حقوقه المالية للغير، وقام الأخير بعمل يعتبر مساسا بحقوقه الادبية كان للمؤلف الحق فى تعطيل استغلال الغير الحق محل التصرف.

ونلفت النظر، بأنه إذا كان عقد النشر مجحفا بحقوق المؤلف، أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد يكون للمؤلف، أو خلفه العام «ورثته» ان يلجأ إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب إعادة النظر فى قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق المتعاقد معه وعدم الاضرار به وقد ورد النص على تلك المسألة بالمادة ١٥١ من القانون الجديد، وعندنا،

أنها فضله وزائدة، لا فائدة منها لأنها - فى الحقيقة - لاتخرج عن كونها محض تطبيق لنظرية الظروف الطارئة الوارد النص عليها بالمادة ٢/١٤٧ - مدنى(١).

فإذا علمنا ان القانون المدنى، هو الشريعة العامة للقانون الخاص بحيث يتعين تطبيق أحكامه فى كل مسألة لم يرد بها نص فى حقوق الملكية الفكرية عموماً وحق المؤلف، والحقوق المجاورة بصفة خاصة، ولما كان المشرع فى القانون المدنى قد واجه حالة الظروف الطارئة التى تحدث بعد ابرام العقد وقبل تمام تنفيذه ويترتب على حدوثها ان يصبح التنفيذ التعاقدى مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة - جاز للقاضى،، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، وبذا ننتهى إلى نتيجة مفادها ان المشرع فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية كان يمكنه الاكتفاء بالنص الوارد فى القانون المدنى وعدم النص عليه مرة أخرى فى قانون الملكية الفكرية.

وإذا كان الأصل، ان المؤلف يتصرف فى انتاجه الذهنى الحال، أى الذى أنجزه بحيث يعتبر معدا للنشر أو للاستغلال بأى وجه من الوجوه - فهل يجوز له ان يتصرف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبلى؟

أجابت المادة ١٥٣ من القانون على ذلك بالنفى بنصها على أنه يقع باطلا بطلانا مطلقا كل تصرف للمؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبلى؟

---

(١) ونصها.. ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

والنص، كسابقة، محض تطبيق لقاعدة عامة واردة بالقانون المدنى، كان يمكن الاستغناء بها عن النص عليها مرة أخرى بالقانون الجديد. حيث تقضى المادة ١٣٢ مدنى على أنه اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا ولا ريب بأن الافكار الطليقة - فى المستقبل، تستعصى على التحديد ولا تصلح محلا للتصرف فى حق المؤلف ولذا يقع التعاقد عليها باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وقد يحتج على ذلك بان المشرع فى قانون الملكية الفكرية قد أورد النص على بطلان تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبلي حتى لا يثور أدنى شك بإمكانية تطبيق النص الوارد بالمادة ١٣١ مدنى عليها والتى تجيز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومردود على ذلك بصعوبة الفرض المطروح فالنص الوارد بالقانون المدنى والذى يجيز التعامل فى الاشياء المستقبلة، يقتصر فى تطبيقه على الاشياء المادية وحدها بما فى ذلك مثلا بيع المحاصيل الزراعية قبل ان تنضج وبيع العقار قبل ان ينتهى تشييده، وما إلى ذلك لكنه لايمتد عقلا إلى الانتاج الذهنى للمؤلف فى المستقبل.

ونلفت النظر بأن الجانب المالي أو حق احتكار الاستغلال المالى للمصنف على خلاف الجانب الأدبى، يصلح ان يكون محلا لانعقاد التصرف الذى ينقل به المؤلف كل أو بعض حقوقه المالية الى الغير، شريطة ان يكون مكتوبا والمعنى أن الكتابة شرط انعقاد لا وسيلة إثبات فحسب، فلا يقوم التصرف دون كتابة بل يعتبر معدوماً ولا أثر له.

كذا يشترط لتمام التصرف، أن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حده يكون محلا للتصرف مع بيان مداه، والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه.

وإذا كان حق المؤلف قابلاً للتصرف فيه علي الوجه المتقدم فهو ايضا يكون قابلاً للانتقال الى ورثة المؤلف، فيكون لهم وحدهم الحق فى استغلال مصنف مورثهم بما فى ذلك الحق فى ترجمته أو الترخيص بترجمته.

كذا، فإن الحق المالي للمؤلف، يجوز الحجز عليه، إنما لا يجوز الحجز على المصنفات التى يتوفى عنها صاحبها قبل نشرها، ما لم يثبت ان إرادته قد انصرفت الى نشرها قبل وفاته.

ونلفت النظر بأن الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين لا يكون إلا على المصنفات المنشورة فعلا او المتاحة للتداول، وتفسير ذلك ان سلطة النشر، وعدمه او سلطة إتاحة المصنف للتداول من حق المؤلف وحده وتتعلق بالجانب المعنوى فان هو لم يقرر ذلك لايجوز لدائنيه تقريره بدلا عنه وبالتالى لا يكون لهم توقيع الحجز على حق لم يقرره المؤلف نفسه.

وأخيرا، فإن الجانب المالي فى حقوق الملكية الأدبية والفنية ليس حقا دائما أو مؤبداً بل ينقضى بانقضاء مدة معينة تختلف باختلاف المصنف ونوع الحق: براءة اختراع، أو حق المؤلف، أوحقوق مجاورة، او اصناف نباتية مستنبطة.

فإذا سلمنا بان الحق المالي للمؤلف بمنحه وحده احتكار الاستغلال للمصنف ما لم يرخص للغير بذلك او ينقل الى الغير كل او بعض حقوقه المالية فإن التساؤل يبقى قائماً عن مصير الحق المالى للمولف بعد وفاته؟

وقد أجابت عن ذلك المادة ١٦٠ من القانون بنصها على أن الحقوق المالية للمؤلف تتم حمايتها مدة حياته ولمدة خمسين سنة، تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف فإن كل المصنف مشتركا - على النحو الذى بسطناه آنفا - فإن الحقوق المالية للمؤلفين تتم حمايتها مدة حياتهم جميعا ولمدة خمستين سنة تبدأ من وفاة آخر من بقى منهم على قيد الحياة.

أما فى المصنفات الجماعية، فإن مدة الحماية خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها او إتاحتها للجهور أيهما أبعد، إذا كان مالك حقوق المولف شخصاً اعتباريا فان كان شخصيا طبيعيا، استغرقت مدة الحماية حياته، ولمدة خمسين سنة تبدأ من وفاته اما بالنسبة للمصنفات التى تنشر لأول مرة بعد وفاة مؤلفها،فتنقضى فيها الحقوق المالية بمضى خمسين سنة من تاريخ نشرها او من تايخ إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد.

وبالنسبة للمصنفات التى تنشر بدون اسم مؤلفها، أو باسم مستعار فتكون مدة الحماية القانونية خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما ابعد، اما اذا كان مؤلفها شخصا معروفاً أو محدداً، او كشف عن شخصيته فتكون الحماية القانونية مدة حياته، ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاته.

- الحقوق المجاورة :

٤٨- قدمنا بأن المقصود بالحقوق المجاورة لحق المؤلف : فنانو الأداء ومنتجو التسجيلات الصوتية، وهيئات الاذاعة وبالنسبة لفنانى الأداء يكون لهم طبقاً للقانون حق احتكار الاستغلال المالى فى المسائل الآتية:

أ - الحق فى توصيل أدائهم إلى الجمهور والترخيص بالاتاحة العلنية او التأجير أو الإعادة للتسجيل الأصلى للأداء أو لنسخ منه.

ب - الحق في منع أى استغلال لأدائهم بأية طريقة من الطرق، بغير ترخيص كتابى منهم ويعتبر استغلالا محظورا بوجه خاص تسجيل هذا الأداء الحى على دعامة أو تأجيرها بهدف الحصول على عائد تجارى مباشر وغير مباشر أو البث الاذاعى لها الى الجمهور.

ج - الحق فى تأجير أو إعادة الأداء الأصلى أو نسخ منه لتحقيق غرض تجارى مباشر أو غير مباشر بغض النظرعن ملكية الأصل أو النسخ المؤجرة.

د - الحق فى الإتاحة العلنية لأداء مسجل عبر الإذاعة أو أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل، وذلك بما يحقق تلقيته على وجه الانفراد فى أى زمان ومكان.

ولا ينطبق حق احتكار الاستغلال - على النحو الذى بسطناه - على تسجيل فنانى الأداء لأدائهم ضمن تسجيل سمعى بصرى ما لم يتفق على غير ذلك.

وفيما يتعلق بمنتجى التسجيلات الصوتية، فلهم حق اجتكار الاستغلال على الوجه الآتى بيانه :

أ - الحق فى منع أى استغلال لتسجيلاتهم بأى طريقة من الطرق فلا يجوز مثلا نسخها او تأجيرها او البث الاذاعى لها أو إتاحتها عبر أجهزة الحاسب الآلى أو غير ذلك من الوسائل - ما لم يرخص صاحبها بذلك بطبيعة الحال.

ب - كذا يكون لمنتجى التسجيلات الصوتية الحق فى الاتاحة العلنية لتسجيل صوتى بوسائل سلكية او لاسلكية أو عبر أجهزة الحاسب الآلى أو غير ذلك من الوسائل.

- وأخيرا، فإن هيئات الإذاعة تتمتع بالحقوق المالية الآتية:

ب - الحق فى منع أى توصيل لتسجيلها التلفزيونى، لبرامجها الى الجمهور بغير ترخيص كتابى مسبق منها بما فى ذلك تسجيل هذه البرامج، أو عمل نسخ منها، أو بيعها، أو تأجيرها، أو إعادة بثها، أو توزيعها، أو نقلها للى الجمور بأية وسيلة بما فى ذلك الإزالة أو الإتلاف لأية حماية تقنية لهذه البرامج كالتشفير وغيره.

ونلفت النظر بأنه إذا كان المشرع يظل بالحماية الحقوق المالية، للفئات المذكورة، فإن مدة الحماية تختلف فبينما تكون لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ الأداء أو التسجيل على حسب الأحوال بالنسبة لفنانى الأداء.

ويتمتع منتجو التسجيلات الصوتية، بحق مالى استثنائى، فى مجال استغلال تسجيلاتهم لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ التسجيل، أو النشر أيهما ابعد؛ بينما تتمتع هيئات الاذاعة بحق مالى استثنائى يخولها استغلال برامجها لمدة عشرين سنة تبدأ من التاريخ الذى تم فيها أول بث لهذه البرامج.

المحور الثالث: الحماية القانونية لحقوق الملكية الأدبية، والفنية:

٤٩- نص المشرع بالقانون الجديد على وسائل ثلاث لحماية حقوق الملكية الأدبية والفنية: وهى الجزاء الجنائى، والجزاء المدنى، والاجراءات التحفظية، على التفصيل الاتى بيانه:

أولاً: الجزاء الجنائى:

٥٠- نص المشرع على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد فى قانون أخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة الاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه او بإحدى هاتين العقوبتين كل من اروتكب احد الافعال الآتية:

- بيع ، أو تأجير مصنف صوتى، أو برنامج إذاعى تظله حماية القانون أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابى سابق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

- تقليد مصنف او تسجيل صوتى،، أو برنامج اذاعى او بيعه او عرضه للبيع او للتداول او للإيجار مع العلم بتقليده.

- نشر مصنف أو تسجيل صوتى.. أو برنامج اذاعى او أداء يحميه القانون عبر أجهز الحاسب الآلى أو شبكات الإنترنت.. أو غيرها بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

- التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأى جهاز او وسيلة او أداة مصممة أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف او صاحب الحق المجاور كالتشفير وغيره.

- الاعتداء على أى من الحقوق الأدبية أو المالية للمؤلف، أو للحقوق المجاورة المنصوص عليها فى القانون.

وفى حالة العود لارتقاب اى من الافعال السابقة تكون العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز الخمسين الف جنيه.

وعلى المحكمة - فى جميع الأحوال ان تقضى بمصادرة النسخ محل الجريمة المتحصلة منها - وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة فى ارتكابها.

ولاحظ بهذا الصدد أن المصادرة وجوبية، أى أن القاضى يلتزم بها بعكس النص القديم الذى كان يعتبر المصادرة جوازية للمحكمة.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالادانة ان تقضي بغلق المنشأة التى استغلها المحكوم عليه فى ارتكاب الجريمة، وذلك لمدة لا تزيد عن ستة أشهر.

والمعنى أن غلق المنشأة كأثر للحكم الصادر بالإدانة على عكس المصادرة جوازى للمحكمة لها ان تقضي به أو لا، طبقاً لظروف وملابسات الدعوى.

ومع ذلك يكون غلق المنشأة وجوبيا على المحكمة فى حالة العود.

كذا، يجب على المحكمة ان تقضى بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة فى جريدة يومية أو أكثر على أن المحكوم غليه.

وترتيباً على ذلك فإن الاعتداء على حق المؤلف أو الحقوق المجاورة، على النحو الذى يسطناه يرتب نوعين من العقوبات: أصلية تتمثل فى الحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين وتبعية تتمثل فى المصادرة وغلق المنشأة ونشر الحكم الصادر بالإدانة، وإذا كانت المصادرة ونشر الحكم كالصادر بالإدانة وجوبية يتعين على المحكمة القضاء بها فى جميع الحالات فإن غلق المنشأة التى استغلها المحكوم عليه فى ارتكاب جريمته أمر جوازى للمحكمة، وتصبح وجوبية اذا عاد المحكوم عليه لارتكاب ذات الجريمة وتطبق على العود الأحكام الواردة بقانون العقوبات.

كذا، ورد النص بالقانون على التزامين مهمين يترتب على الإخلال بأى منهما عقوبة محددة الالتزام الأول - ايداع نسخة أو أكثر من المصنفات والتسجيلات الصوتية، والأداء المسجلة والبرامج الاذاعية وهو التزام يقع على الناشر والطابع ومنتج المصنف بالتضامن بحيث يترتب على الإخلال به عقوبة الغرامة فيما لا يقل عن ١٠٠٠ جنيه ولا تجاوز ثلاثة آلاف جنيه عن كل مصنف، او تسجيل صوتى، أو برنامج اذاعى دون الإخلال بالالتزام بالإيداع.

وعلى الوزير المختص ان يصدر قرارا بتحديد عدد النسخ التى يتعين ايداعها، والجهة التى يتم فيها الايداع.

ويعفى من الالتزام بالإيداع المصنفات المنشورة فى الصحف والمجلات والدوريات إلا اذا نشر المصنف منفردا.

أما الالتزام الثاني، فيقع على جيع المحال التى تطرح للتداول بالبيع او بالايجار أو بالإعارة أو بالترخيص بالاستخدام مصنفات أو أداءات مسجلة أو تسجيلات صوتية او برامج اذاعية بالحصول على ترخيص بذلك من الوزير المختص مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية للقانون، وإمساك دفاتر منتظم تثبت فيها بيانات كل مصنف او تسجيل صوتى، أو برنامج اذاعى وسنة تداوله.

والاخلال بالالتزام السابق يرتب عقوبة الغرامة بما لا يقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة الاف جنيه وفى حالة العود تكون العقوبة الغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه والا تجاوز عشرين الف جنيه.

٢ – الجزاء المدنى:(١)

٥١ – انتهينا بأن حقوق الملكية الأدبية والفنية يسبغ عليها القانون حمايته ويصبح الاعتداء عليها كشأن الحقوق الأخرى عملا غير مشروع بحيث يجب وقفه وازالة ما ترتب عليه من آثار، ويتم ذلك عملاً، فى حقوق الملكية الأدبية والفنية بإتلاف النسخ المقلدة، أو صور المصنف الذى تضمن نشره اعتداء على حق المؤلف – وكذلك الحال بالنسبة للمواد التى

(١) انظر ، للمؤلف ،. اصول القانون، ط ٢٠٠١.

استعملت فى نشر المصنف او نسخه او اذاعه، أو إتاحة للجمهور بأية وسيلة من الوسائل.

وفضلا عن وقف الاعتداء غير المشروع وازالة أثره ينبغى تعويض صاحب الحق فى الملكية الأدبية والفنية عن الضرر الذى أصابه نتيجة الاعتداء غير المشروع.

٣ - الاجراءات التى تكفل حماية حقوق الملكية الأدبية والفنية:

٥٢- الى جانب الجزاء الجنائى الوارد النص عليه فى القانون الجديد، والجزاء المدنى المتمثل فى وقت الاعتداء غير المشروع وازالة أثره والتعويض عن الاضرار التى تلحق بالمؤلف والوارد النص عليها بالقانون المدنى - فقد تضمن القانون الجديد حماية إجرائية الهدف منها المحافظة على حق المؤلف عندما يتعرض لاعتداء غير مشروع على حقوقه الأدبية او المالية الى أن يفصل فى الدعوى المرفوعة.

وطبقا لنص القانون الجديد يكون لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة بأصل النزاع بمقتضى أمر على عريضة بناء على طلب المؤلف أو ورثته اتخاذ اجراء أو أكثر من الاجراءات الآتية:

١ - إجراء وصف تفصيلى للمصنف، أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى.

٢ - وقت نشر المصنف أو الأداء، أو التسجيل الصوتى او البرناج الاذعى او عرضه اونمسخه او صناعته.

٣ – توقيع الحجز على المصنف او التسجيل الوصتى أو البرنامج الاذاعى الأصلى، أو على نسخه وكذلك على المواد التى تستخدم فى إعادة النشر.

إثبات وقعة الاعتداء على الحق محل الحماية:

حصر الايراد الناتج عن استغلال المصنف، وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميع الاحوال.

ولرئيس المحكمة أن يأمر فى جميع الاحوال بندب خبير أو أكثر لمارسة المحضر الذى يقوم بالتنفيذ، وأن يفرض على الطالب ايداع كفالة مناسبة.

ويجب على الطالب ان يرفع أصل النزاع الى المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور الأمر، وإلا زال كل أثر له.

فإذا أصدر القاضى أمر على عريضة بإجراء من الاجراءات التحفظية السابقة يكون لذوى الشأن الحق فى التظلم الى رئيس المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الأمر أو إعلانه على حسب الالحوال.

ويكون لرئيس المحكمة تأييد الأمر او الغاؤه كليا أو جزئيا، أو تعيين حارس مهمته إعادة نشر المصنف، أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى، او استغلاله، او عرضه، أو صناعته، او استخراج نسخ منه ويودع الايراد الناتج عن ذلك خزانة المحكمة الى أن يفصل فى أصل النزاع.

الباب الأول

أركـــــان الحـــــق

تمهيد وتقيسم :

٣ – انتهينا من دراستنا السابقة إلى أن الحق هو استئثار بشئ أو بقيمة معينة تستأهل الحماية القانونية استئثارا يحميه القانون.

وبذا نستطيع ان نتبين بأن للحق عناصر ثلاثة هى الشخص، صاحب الحق، او الدائن به، ومن يلتزم بأداء معين فى مواجهته أى المدين وما يقع عليه الحق سواء كان شيئا بالنسبة للحقوق العينية او العمل والامتناع عن العمل من جانب المدين فى الحقوق الشخصية، وأخيرا، أخيرا الحماية القانونية.

٥٤ – وعليه، نوزع دراستنا على فصلين هما: أشخاص الحق، ثم. محل الحق، ونرجئ دراسة الحماية القانونية للحق للباب الأخير.

الفصل الأول: أشخاص الحق Les Personnes

الفصل الثاتنى: محل الحق L'Poject diu droit

الفصل الأول

أشخــاص الحــق

Les Personnes

تمهيد وتقسيم :

٥٥ - لا يتصور قيام الحق إلا منسوبا الى شخص يكون صاحبا له بحيث يستأثر وحده دون غيره بالتمتع بما يخوله له الحق من سلطات أو مزايا.

وإذا كان الحق ينسب بالضرورة إلى شخص ما، فإن الواجب او الالتزام الذى يقابل الحق يقع هو الآخر على شخص من الاشخاص.

وقد قدمنا ان هذا الواجب أو الالتزام يمكن أن يكون واجبا عاما سلبيا يقع على عاتق الكافة بالامتناع عن الاعتداء على الحق فى الحقوق العينية، ويمكن ان يكون واجبا محددا يقع على شخص معين بالذات شخص المدين فى الحقوق الشخصية.

وصاحب الحق ينظر إليه على أنه «الطرف الايجابى» اما من يلتزم بأداء معين فى مواجهة صاحب الحق يقال له «الطرف السلبى» والشخص فى نظر القانون إذن هو من يتمتع بالشخصية القانونية، أى من يكون صالحا للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات(١). وهذه الشخصية القانونية

---

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٥٩٤.

تثبت فى الأصل للإنسان وهو ما يطلق عليه قانونا الشخص الطبيعى. ومع ذلك فإن الشخصية القانونية يمكن ان تثبت لغير الانسان بما فى ذلك مجموعات الاشخاص و الأموال مثل المؤسسات والجمعيات.

٥٦ - لذا فسوف نتناول بداية الشخص الطبيعى ثم الشخص الاعتبارى.

المبحث الأول

الشخص الطبيعى

نسارع إلى التنويه بداية بان الشخص الطبيعى هو الانسان فكل انسان فى القانون هو شخص صالح للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات أى أن له شخصية قانونية.

ولا تتبط الشخصية القانونية بالادراك والتمييز. ولذلك فان المجنون والطفل عديم التمييز لهما شخصية قانونية رغم انعدام الادراك او التمييز.

وقد توصل الفكر الانسانى الى هذه النتيجة بعد تطور تاريخى. فقد عرفت الشرائع القديمة بما يسمي بنظام الرق. كم عرفت ايضا نظام الموت المدنى.

أما النسبة للرق : فلم يكن الرقيق شخصا فى نظر القانون، صالحا لاركتساب الحقوق او التحمل بالالتزامات، بل كان على العكس من ذلك محلا للحقوق فقد كان يباع ويشترى شأنه فى ذلك شأن أى شئ مادي.

– وفى نظام الموت المدنى La mort civile كان المحكوم عليه فى بعض الجرائم تختفى شخصيته القانونية لمجرد صدور الحكم عليه وبالتالي لم يكن بعد الحكم يستطيع اكتساب الحقوق او التحمل بالالتزامات، وكان فى نظر القانون ميتا، رغم حياته فى الواقع(١).

وقد تخلصت القوانين الحدثة فى الدول المتمدينة من نظام الرق،

ونظام الموت المدنى ومع ذلك قد يوجد بعض آثار نظام الموت المدنى. فيما يسمى يالمصادرة العامة لأموال المحكوم عليهم بمصادرة الأموال، خاصة بعد الحروب وفى عقوبة الحرمان من صفة المواطن، ومردود على ذلك بأن هاتين العقوبتين لايمكن تطبيقهما الا فى الظروف الاستثنائية والطارئة التى لا يمكن القياس عليها ولا التوسع فى تفسيرها، ولا يمكن ان يمنعنا من تقرير التطور الذى وصل اليه الفكر الانسانى، فكل انسان فى عصرنا الحدث له شخصية قانونية، يتمتع بالحقوق، ويتحمل بالالتزامات.

ونلفت النظر مع ذلك الى أن نطاق الشخصية القانونية يختلف بصدد ما اذا كان الانسان - مواطنا - أو أجنبيا - فالمواطن يتمتع بحقوق ليست للأجنبى. ومنها فيما قدمنا آنفا، حق الانتخاب، حق الترشيح للمجالس المحلية.

بل أن الرأة فى بعض الدول ليس لها حق الانتخاب . كما ان الدين له اثره فى تحديد نطاق الشخصية القاننية.، على أن عوامل الدين، أو الجنس، أو المواطنة لا تؤثر على الشخصية القانونية، بل انها تؤثر فقط فى نطاق الشخصية القانونية ولا يتعين اقامة تمييز بين المواطنين سواء فيما يتعلق بالشخصية القانونية أونطاق الشخصية القانونية على أساس الدين أو الجنس.

(١) توفيق فرج - المرجع السابق، ص ٥٩٥ بند ٣٥٩، حسن كيره، اصول القانون، ص ٧١١.

ودراستنا للشخص الطبيعى تقتضى بداية ان نوضح مدة هذه الشخصية فى مطلب اول، ثم حالة الشخص، فى مطلب ثان، ثم مميزات الشخصية فى مطلب ثالث وأخيرا أهلية الأداء فى مطلب رابع.

المطلب الأول

مدة الشخصية «بداية الشخصية نهايتها»

أولا : ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا:

٥٩- تنص م ١/٢٩ مدني على أن شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حيا والتساؤل يثور بصدد تحديد مفهوم الولادة؟

- والولادة التي تبدأ به الشخصية القانونية هي الولادة التامة أي بأن ينفصل المولود عن أمه تماما، ولكن ان ينفصل المولود عن امه ليس كافيا بل لا بد من ان يولد حيا.

وعلى ذلك اذا تمت الولاد وانفصل الجنين عن امه انفصالا تاما. ولكن ولد الجنين ميتا لا يكون ذلك بداية الشخص القانونية حتى ولو كانت الوفاة قد حدثت خلال عملية الوضع.

وعلى عكس ذلك فاذا ولد الشخص حيا ولو للحظة واحدة، تثبت له الشخصية القانونية.

وجدير بالملاحظة ان حياة المولود يستدل عليها بمظاهر الحياة، كالحركة، والبكاء والتنفس، واذا كان هناك شك في مظاهر حياة المولود فإنه يستعين بأهل الخبرة من الاطباء لمعرفة ما اذا كان الجنين قد ولد حيا أم ميتا. وتقرر المادة ٣٠/ مدني بان الميلاد يثبت بالسجلات الرسمية المعدة لذلك فاذا لم يوجد هذا الدليل اوتبين عدم صحة ما ادرج بالسجلات جاز الاثبات بأية طريقة أخرى.

وفى القانون الفرنسى لا يكفى ان يولد الشخص حيا Vivant بل يجب ان يكون قابلا للحياة Vivable وقد قيل فى ذلك ان يكون مستكملا لجميع الاعضاء الاساسية اللازمة للحياة(١).

٦٠- والمهم انه اذا كان الاصل ان شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حياة، الا ان المشرع قد خرج عن الاصل عندما قرر فى بعض الحالات ثبوت الشخصية القانونية للجنين أو الحمل، وذا ما نوضحه فيما يلى:

- مركز الجنين أو الحمل:

- اعتف المشرع للحمل ببعض الحقوق وذلك خرجا على القاعدة العام فى المادة ١/٢٩ مدنى والتى تقرر أن شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حيا والحقوق التي تثبت للحمل او الجنين هى الحق فى ثبوت نسبه والحق فى الميراث، والحق فى الوصية.

وقد نصت م ٢/٢٩ مدنى على أن حقوق الحمل المستكن يعينها القانون وقد نصت بعد ذلك المادية الثانية ونصت المادة ٤٢ من قانون المواريث الصادر فى عام ١٩٤٣ على حقه فى الإرث والمادة ٥٣ من قانون الوصية الصادر فى عام ١٩٤٦ على حقه فى الوصية.

وأخيرا فقد ورد النص فى القانون المدنى على حقه فى الإفادة من الاشتراط لمصلحته فى الاشتراط لمصلحة الغير، كأن يستفيد مثلا من عقد تأمين عقده الغير لمصلحته - م ١٥٦.

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٩٨، بند ٣٦٠.

اما بالنسبة لحق الجنين فى الميراث، فقد ورد النص على أن يوقف له من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو انثى.

فإذا تبين بعد ولادته حيا أنه انثى، أخذ نصيبه ويرد الزائد الى من يستحقه من بقية الورثة، كذلك يرد كل ما اوفق له اذا ولد ميتا.

وفيما يتعلق بالوصية، فإن الحمل المستكن او الجنين يستحق ما يوصى له به بعد وفاة الموصى، فالوصية تصرف مضاف ما بعد الموت، وقد أوضح المشرع أنه فى حالة الوصية للجنين يقوم من له الولاية على ماله بقبولها اذا أذنت له المحكمة فى ذلك فإذا ولد حيا تكون له وإذا ولد ميتا ترد الوصية الى ورثة الموصى، فإذا مات الجنين بعد ولادته حيا فان نصيبه فى الوصية يعتبر تركة وتنطبق عليه احكام التركة فى القانون.

والمتأمل فى الأحكام السابقة يرى ما يلى:

١ - إذا كان القانون قد اعترف للجنين بالشخصية القانونية، فقد جاء ذلك على سبيل الاستثناء، وفى حدود ضيقة، وبالتالي لا يصح القياس عليها ولا التوسع فى تفسيرها بمنحه اية حقوق أخرى.

٢ - إن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق مقيدة فقط بتلك الحقوق التى لا يشترط لثبوتها القبول من الطرف الآخر، مثال ذلك، الميراث، والوصية والاشتراط لمصلحة الغير.

وبالتالى فإذا كان اكتساب الحق يتوقف على القبول، فليس للجنين او

الحمل المستكن حق فيها ومثال ذلك «الهبة» لأنها تنعقد بالايجاب والقبول(١)

ثانياً : نهاية الشخصية :

٦١- قدمنا بأن الشخصية القانونية تثبت للإنسان بتمام ولادته حيا، وبالتالى تظل الشخصية القانونية قائمة ما بقى على قيد الحياة. ومعنى ذلك ان الشخصية القانونية لا تنتهى الا بالموت.

على أن ثمة حالات يثور فيها الشك عن حياة الانسان بحيث لا يعلم هل هو حى أو ميت، ومثال ذلك المفقود، وعندئذ تنتهى شخصية الانسان اذا غلب احتمال وفاة الغائب على إحتمال بقائه حيا، وهذا ما يسمى «الموت الحكم».

٦٢- ونخلص من ذلك أن الشخصية القانونية يمكن ان تنتهى بالموت الحقيقى، او بالموت الحكمى «المفقود» وسنوضح ذلك فيما يلى:

١- انتهاء الشخصية بالموت الحقيقي.

إذا كان الأحياء لهم شخصية قانونية، فالموتى لا يعتبرون اشخاصا فى نظر القانون وعلى هذا تنتهى الشخصية القانونية، كما ذكرنا بالموت.

(١) راجع عكس ذلك: شفيق شحاته، النظرية العامة للحق، ص ٤٢ وما بعدها، بند ٤٨ والذى يرى أن الجنين له انيكتسب من الحقوق ما ه نافع له نفعا محضا، مثل الهبة دون تفرقةبين تطلب القبول او عدم تطلبه، وفى الهبة يتولي الوصى على النين قبولها ٤ انظر فى نفس المعنى: حسن كيره، اصول القانون، ص ٧٢٢.

وعلى هذا، ورد نص المادة ١/٢٩ مدني صريحا بان شخصية الانسان تنتهي بموته.

ورواقعة الموت شأنها شأن واقعة الميلاد يمكن إثباتها بكل طرق الاثبات بما في ذلك البينة، أى شهادة الشهود، وقد أوجب قانون الاحوال المدنية قيدها وأوجب التبليغ عن الوفاة لمكتب الصحة خلال ٢٤ ساعة من الوفاة او ثبوتها في السجلات الرسمية المعدة لذلك.

وإذا كانت الشخصية القانونية تنتهي بالموت كما بينا فان بعض الفقهاء يذهبون اى ابقاء الشخصية القانونية ممتدة امتدادا اعتباريا حتى بعد الموت الى حين الانتهاء من تصفية التركة وسداد الديون. وما زال هذا الرأى قال به اصلا المالكية والحنفية يجد له صدى عند بعض الفقهاء المحدثين(١).

ويستند هؤلاء الفقهاء الى القاعدة الشرعية لا تركة الا بعد سداد الديون ومعناها انه بعد تنفيذ التزامات التركة من وصايا وديون يئول ما بقى منها الى الورثة كل بحسب نصيبه المقرر شرعا.

كما يستند هؤلاء ايضا الى قوله تعالى بعد تحديد فرائض الورثة في ايات الميراث من بعد وصية يوصى بها أو دين.

كما يستند هؤلاء ايضا الى نص ٨٩٩ مدني والتي تقضي بأولوية الوفاء بالتزامات التركة ثم يأتي بعد ذلك توزيع الباقي على الورثة(٢)

(١) عبد الرازق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج ١، فقرة ١٤.

(٢) ونصها «بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها الى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي.

ومن هذا يتعين امتداد حياة المتوفى امتدادا افترضيا او اعتباريا لحين الانتهاء من سداد ديونه وتصفية تركته.

ونحن من جانبنا لا نسلم بالرأى السابق للأسباب الآتية:

١ - أنه يقوم على افتراض مستحيل وهو بقاء شخصية الانسان رغم موته ولا يغير من ذلك ان يكون الفرض رمزيا، أو نظريا.

٢ - أنه يقوم على تفسير غير سليم للقاعدة الشرعية «لا تركة الا بعد سداد الديون»، والمعنى الحقيقى انه لا ملكية للوارث الا بعد سداد ديون التركة وبعبارة اخرى أن ملكية الوارث للترك لا يتكون كاملة الا بعد تخليصها من التزاماتها ولا يمكن تفسير ذلك بالقول بعدم ملكية الوارث للتركة وبقاء شخصية المتوفى قائمة الى حين سداد التى على التركة فالقول بذلك انما يحمل النص فوق ما يحتمله.

٣ - كذا، فإن إنتهاء شخصية الانسان بالموت يؤيده أغلب الفقه المعاصر(١).

وأخيرا، فإن المادة ١/١٢٩ من التقنين المدنى صريحة على أن شخصية الانسان تنتهى بموته، كما أن م ١ من قانون الموادث ١٩٤٣ تنص على أن الإرث يستحق بموت المورث وكل هذا يؤكد انه لا مجال للافتراض القائل بامتداد شخصية الموورث حتى سداد ديون التركة كل ما هنالك ان التركة تنتقل الى الورثة محملة بما عليها من ديون أو وصية وهذا

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ٥٤٨، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

يعنى انتقال اموال المورث الى الورثة وملكية هؤلاء للتركة بمجرد وفاة المورث.

كما أن قوله تعالى «من بعد وصية يوصي بها أو دين» إنما تثبت ملكية الورثة للتركة بمجرد وفاة المورث، ولكنها ملكية مشمولة بالتزامات المورث من وصايا أو ديون.

٢ - انتهاء الشخصية القانونية بالموت الحكمى «المفقود»:

الشخصية القاننية تنتهى فيما رأينا بالموت الحقيقى للإنسان، ومع ذلك فثمة بعض الحالات يفقد فيها الشخص دون ان يكون فى الإمكان اقامة الدليل على موته، ويرجح مع ذلك احتمالات وفاته على احتمالات حياته. فى هذه الحالات يعد الشخص فى حكم المتوفى وتنتهى تبعا لذلك شخصيته القانونية على ان هذا الحكم ينقضى كل آثاره اذا ظهر المفقود حيا.

وعلى هذا فإن المفقود هو الشخص الذى غاب عن وطنه او محل اقامته غيبة منقطعة، وانقطعت أخباره بحيث لا تعرف حياته من مماته(١).

ويختلف المفقود عن الغائب، فإذا كان المفقود مثل الغائب، كلاهما يغيب عن موطنه أو محل اقامته. الا ان الغائب تكون حياته معلومة وأخباره غير منقطعة ومحل اقامته معروف، لذلك فالغائب لا تنتهى شخصيته القانونية ولا يعد مفقودا، وكل ما هنالك ان الغيبة يترتب عليها استحالة

---

(١) انظر : توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٦٠٧، بند ٣٦٣.

مباشرة الشخص الغائب لحقوقه وبالتالي تقديم المحكمة وكيلا عنه يتولى مباشرة مصالحه فى اثناء غيبته، وقد أحالت المادة ٣٢ من القانون المدنى، الى القوانين الخاصة فى شأن أحكام الغيبة، والفقد، وصدر لذلك قانون ١٩٢٩/٢٥ المعدل بقانون ١٩٩٢/٣٣ الذى نص فى مادته ٢٩ على أن يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربعة سنين من تاريخ فقده، واما فى جميع الاحوال الأخرى

فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضى، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا، وبذا فرق النص فى الحكم بي حالتين هما الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك والفقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك ثم عدل النص فأضيف اليه حالة الفقد فى السفن التى تغرق أو الطائرات التى تسقط.

وسوف نعرض بداية لحالات المفقود، ثم أثر الحكم باعتباره ميتا. وأخيرا ظهور حياة المفقود.

أولاً : حالات الفقد:

أ – حالة المفقود الذى يغلب عليه الهلاك:

ويكون ذلك مثلا فى حالات الفقد فى الحروب، والكوارث مثل الزلزال والفيضانات وغيرها وفيها يحكم بموت المفقود بعد اربع سنين من تاريخ فقده أو بصدور قرار وزير الحربية بأعتباره مفقودا اذا كان من العسكريين.

ومن المسلم به ان قرار وزير الحربية فى هذا الشأن يقوم مقام الحكم القضائى.

ب – حالة الفقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك:

ويحدث ذلك مثلا فى حالة من سافر الى بلد آخر للسياحة، أو طلب العلم، ثم انقطعت أخباره ، ولم تعلم حياته من مماته، فى مثل هذه الحالات يترك للقاضى سلطة تقديرية فى تحديد المدة اللازمة للحكم بموت المفقود. ومن البديهى ان هذه المدة لا ينبغى أن تقل عن اربع سنوات لانه اذآ كان القاضى، أو وزير الحربية فى ظروف غلبة الهلاك لايستطيع اصدار الحكم او القرار بالموت الا بعد اربع سنوات من تاريخ الفقد، فإن القاضى فى الظروف التى لا يغلب فيها الهلاك لا يمكنه من باب اولى ان يحكم بموت المفقود فى مدة تقل عن اربع سنين. وفى جميع الحالات أى فى الحالات التى يغلب فيها هلاك الشخص او التى لا يغلب فيها هلاكه لا يجوز الحكم بوفاة المفقود الا بعد أن يتحرى القاضى عنه بجميع الطرق الممكنة حتى يعرف ما اذا كان حيا او ميتا.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية أن كل ذى شأن كالزوجة أوورثة المفقود له ان يدعى بموت المفقود حتى ولو لم تنقضى الاربع سنين المذكورة على فقده فإن ثبتت الدعوى بأية طريقة من طرق الاثبات انتهت شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكما(١).

(١) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى، ج ١، ص ٣٢٨.

ج - حالة الفقد على السفن الغارقة أو الطائرات المنكوبة:

اذا تبين ان الشخص قد فقد على ظهر سفينة غرقت، أو في طائرة سقطت أو كان من افرد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية فانه يعتبر أخذا من القانون المعدل ١٩٩٢/٣٣ ميتا بعد مضى سنة واحدة بقرار من رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بعد التحرى.

ويقوم هذا القرار في الحالات الثلاث المذكورة مقام الحكم القضائى.

ومبررات النزول بالمدة من اربع الى سنة واحدة بالنص المعدل، توفير الجهد المادى على زوجات المفقودين فى كل حالة من الحالات الثلاث عن طريق عدم ذهابهم للقضاء فى وقت تشتد فيه اللوعة والأسى.

ثانياً: أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً:

يترتب على الحكم باعتبار المفقود ميتا - أو صدور قرار وزير الحربية بذلك - انتهاء شخصية المفقود. فالمفقود يعتبر ميتا من تاريخ الحكم او صدور قرار وزير الحربية اذا كان من العسكريين ويترتب على هذا النتائج الآتية:

- توزيع تركة المفقود على كل من كان موجودا من ورثته وقت الحكم او قرار وزير الحربية.

- تعتد زوجته عدة الوفاة من ذلك التاريخ ويحل لها بعد انقضاء فترة العدة أن تتزوج من غيره.

- ويبدو من ذلك ان الحكم او القرار القاضى باعتبار المفقود ميتا هو الذى يرتب هذه النتائج. وأخذا بمفهوم المخالفة فان شخصية المفقود تظل قائمة قبل صدور الحكم أو القرار باعتباره ميتا ويترتب على هذا النتائج الآتية:

- أن أموال المفقود فى الفترة السابقة على الحكم بوفاته لا تورث وانما تبقى أمواله على ملكه، ويعين وكيل او قيم للمحافظة عليها وادارتها وتولى شئونه.

- وتظل علاقة الزوجية قائمة، مع الأخذ فى الإعتبار ان للزوجة أن تطالب قضائيا بتطليقها طلاقا بينا اذا غاب الزوج بدون عذر سنة فأكثر وترتب على ذلك ضررلها، حتى ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه.

- يوقف للمفقود نصيبه المستحق له من ميراث او وصية حتى يتبين أمره

- لا يرث المفقود غيره من أقاربه الذين ماتوا اثناء فقده، ولا يستحق ما يوص له به اذا مات الوصى خلال مدة الفقد، ذلك ان القانون يشترط لاكتساب الحق فى الارث أو الوصية، تحقق حياة الوارث أو الموصى به وقت وفاة المورث او الموصى، ولا يكفى لذلك افتراض حياة المفقود.

ثالثاً : ظهور حياة المفقود:

سب أن أوضحنا ان الحكم بموت المفقود اعتبارى وليس حقيقى، والقاعدة العامة ان يسقط هذا الحكم وتسقط آثاره اذا ظهرت حياة المفقود

سواء فيما يتعلق بالرابطة الزوجية، أو بأمواله، وهذه القاعدة العامة يستثنى منها الآثار التى تضر بحقوق الغير.

ونوضح ذلك فيما يلى:

١ - فى شأن الرابطة الزوجية:

- اذا عاد المفقود او ظهرت حياته تعود زوجته اليه اذا لم تكن قد تزوجت بغيره وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة وكأنها لم تنحل بمقتضى الحكم او القرار السابق باعتباره ميتا.

وتثور الصعوبة، إذا كانت زوجته قد تزوجت بآخر فانها تعود الى زوجها الاول (المفقود) فى حالات ثلاث هى:

- اذا كان الزوج الثاني قد عقد عليها ولم يدخل بها فانها تعود الى زوجها الاول ويفسخ العقد الثانى.

- اذا كان الزوج الثانى قد تزوجها وهو سئ النية يعلم بحياة الزوج الاول المفقود، أو كان قد عقد عليها خلال فترة العدة ، فإنها تعود الى زوجها الاول المفقود.

- إذا كان الزوج الثانى حسن النية، لا يعلم بحياة المفقود، ودخل بالزوجة، ولم يكن قد عقد عليها اثناء فترة العدة، فإنها تكون له لا تعود لزوجها الاول أى المفقود، ولذا نصت المادة ٨ من القانون المذكور على أنه إذا جاء المفقود او لم يجئ وتبين انه حى فزوجته له، ما لم يتمتع الثانى

بها غير عالم بحياة الاولى، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته، كانت للثانى،ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الاول.

٢ – فى شأن أمواله:

بالنسب لأموال المفقود التى كانت له، فإنه يأخذ ما بقى منها فى يد ورثته بالنسبة لما كان موقوفا لأجله من ميراث او وصية، فإنه يستحقه ويأخذ فقط الباقى منه فى يد الورثة أو الموصى لهم. أما ما استهلك من هذه الاموال فانهم لا يسألون عنه بالتعويض، وتصرفهم فيه كان تصرفا قانونيا صحيحا بناء على الحكم أو القرار الصادر باعتباره ميتا.

المطلب الثانى

حالة الشخص L' Etat

٦٤ - حالة الشخص هى ، الصفة التى تؤثر على حقوق الشخص وواجباته ، وقد تكون هذه الصفة سياسية، فيتأثر بها مركز الأجانب عن مركز المواطنين وقد تكون عائلية أو دينية على النحو الآتى بيانه:

الحالة السياسية L'Etat Politique

المقصود بالحالة السياسية هى مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة، وارتباطه بها برابطة الولادة والتبعية او الجنسية La Nationalite ويحدد القانون فى كل دولة الشروط والقواعد التى تثبت بها الجنسية للأفراد الذين ينتسبون اليها(١).

والجنسية إما أن تكون جنسية أصلية تثبت للشخص بمجرد ميلاده، وإما أن تكون جنسية مكتسبة، يكتسبها الشخص بصرف النظر عن واقعة الميلاد على التفصيل الآتى:

أ - الجنسية الأصلية، وهى التى تثبت للشخص على أساس رابطة أو حق الدم، وفيها يأخذ الولد جنسية أبيه أو جنسية أمه وتسمى Jus Sangunis وقد تثبت الجنسية الأصلية على أساس الميلاد على أرض الإقليم، وفيها يأخذ المولود على أرض اقليم معين جنسية هذا الاقليم، وهذا ما يسمى بحق الاقليم.

(١) حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٣٩، وما بعدها.

ويأخذ المشرع المصرى برابطة الدم كأساس لمنح الجنسية ولذا نصت م٢ من قانون الجنسية القديم رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨، على أنه «يعتبر مصريا كل من ولد لأب مصرى» فالمشرع المصرى كأصل عام يصرف النظر عن محل الميلاد سواء داخل مصر أو خارجه. ويعتد بحق الدم، أى من ولد لأب مصرى ثم أعيد التأكيد على ذلك بقانون الجنسية رقم ١٩٧٥/٢٦، ثم عدلت أحكام الجنسية بقانون ٢٠٠٤/١٥٤ ليصبح من يولد لأب مصرى أو لأم مصرية(١).

على أن هناك بعض الحالات الاستثنائية التى يأخذ فيها المشرع المصرى برابطة أو حق الاقليم كأساس لمنح الجنسية. من ذلك مثلا إعطاء جنسية الدولة لمن يولد فى أراضيها من والدين مجهولين م٢/ ثالثا من قانون الجنسية المشار اليه .

ب - الجنسية المكتسبة: إلى جانب الجنسية الأصلية قد تكون الجنسية مكتسبة، وذلك ما يسمى بالتجنس Naturalisation وفيها تمنح الجنسية لأجنبى فى دولة ما بشروط معينة. منها الاقامة فى البلد لمدة معينة،ومنها التجنس بسبب الزواج.

ويترب على انتماء الشخص لدولة معينة مجموعة من الآثار نستطيع إيجازها فيما يلى:

- أن التمتع بالحقوق السياسية بما فى ذلك حق الانتخاب ، حق الترشيح» قاصر على المواطنين وليس الاجانب.

(١) القانون رقم ٢٠٠٤/١٥٤ - الجريدة الرسمية١٤٣ يوليه ٢٠٠٤/ عدد ٢٨ مكرر (أ)

- الأجنبى على عكس الوطنى لا يلزم بأداء الخدمة العسكرية.

- قد يحرم القانون او يقيد الأجانب من تولى بعض المهن او الوظائف وقد يحرم او يقيد عليهم حق تملك العقارات.

ثانيا: الحالة العائلية - أو القرابة L'Etat de Famille

٦٥ - المقصود بذلك هو تحديد مركز الشخص فى أسرة معينة باعتباره عضوا فيها، تربطه باعضائها رابط وثيقة من قرابة النسب، أو قرابة المصاهرة.

أ - وقرابة النسب، هى الصلة الوثيقة بين الاشخاص بناء على دم مشترك أو أصل مشترك م ٣٤ من القانون المدنى، وقرابة النسب يمكن ان تكون قرابة مباشرة او قرابة حواشى.

اما القرابة المباشرة، فهى الصلة بين الاصل والفرع، الجد، الأب، الابن، او الجدة، وما يتفرع عنها على ما ورد بالمادة ٣٥ مدنى.

وقرابة الحواشى، هي الصلة بين من يجمعهم أصل مشترك دون ان يكون أحدهم فرعا للآخر، من ذلك مثلا القرابة بين الاخ وأخيه، او بين الشخص، وعمه، وعمته وابنائهم أو بين الشخص وخاله وخالته او ابنائهم.. الخ

وفى حساب درجات القرابة بنوعيها يجرى إسقاط الاصول.، ويعتبر كل فرع فيما عدا ذلك درجة، فالابن فى الدرجة الاولى من القرابة لأبيه ولأمه وذلك لأن الابن فرع، وهذه درجة، ويجرى اسقاط الاب أو الأم لأنهما

أصل، والاصول يجري اسقاطها، وكذلك ابن الابن، يعتبر في الدرجة الثانية، للجد او الجدة، وهكذا.

وفى قرابة الحواشى، يعتبر الأخ فى الدرجة الثانية لأخته، فالأخ درجةفى اعتباره فرعا، والأب لا يحسب، فهو أصل، والأصل يجرى اسقاطه – كما بينا – ومن الاصل المشترك إلى الأخت درجة فيكون المجموع درجتان.

ب – قرابة المصاهرة:

هى القرابة التى تقوم نتيجة الزواج، أى القرابة التى تقوم بين أحد الزوجين واقارب الزوج الآخر، وتنص المادة ٣٧ من القانون المدنى على أن أقارب احد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة، والدرجة بالنسب الى الزوج الآخر.

وعلى ذلك فإن اب الزوج يعتبر قريبا من الدرجة الأولى للزوجة وشقيق الزوجة قريب للزوج من الدرجة الثانية، وهكذا.

فإذا انتهينا إلى تحديد معنى، ومغزى الحالة العائلية، فإن التساؤل يثور بصدد الاثار التى تتعلق بالقرابة؟

وحقيقة الأمر ان القرابة ترتب آثارا قانونية متعددة تتحدد بحسب طبيعة القرابة ودرجتها.

فالقرابة لها اثارها فيما يتعلق بالحقوق والواجبات العائلية التى تثبت

تبعا لمركز الشخص فى الأسرة، فهناك مثلا حقوق للآباء على الابناء، والعكس اى حقوق الابناء على الآباء وحقوق للزوج على زوجته والعكس.

كذلك ترتب القرابة بعض الحقوق المالية، ومنها وأهمها النفقة بين الاقارب.

وهناك آثار أخرى تتعلق بمحرمات الزواج فالقرابة تعتبر مانعا من موانع الزواج الى درجة معينة.

كذا، فإن للقرابة آثارها فيما يتعلق بممارسة الشخص لنشاط قانونى، من ذلك مثلا «أنه لايجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج أو الأقارب الى الدرجة الثانية، عما يصيبهم من الم من جراء موت المصاب م ٢٢٢ مدنى.

ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة ٥٠٢ مدنى من أنه «يرفض طلب الرجوع فى الهبة إذا كانت الهبة لذى رحم».

ومن ذلك ما تقضى به المادة ١٤٦ من قانون المرافعات من «عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى اذا كان قريبا او صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة او كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى او مع زوجته.

ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة ٩٣٩ مدنى من «منع الأخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين او بين الاصول، والفروع الى الدرجة الرابعة، او بين الاصهار لغاية الدرجة الثانية».

مجمل القول وصفوته ان القرابة لها تأثير فيما يتعلق بمدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، أو تحمله بالالتزامات.

ثالثاً: الحالة الدينية -

٦٦- اذا كانت القاعدة ان الحالة السياسية للشخص باعتباره منتميا الى دولة معينة او حالته العائلية باعتباره منتميا الى أسرة ما لها أثارها في مجموع ما له من حقوق وما عليه من التزامات،فإن الحالة الدينية لا يعتد بها المشرع المصرى الا على سبيل الاستثناء.

فالمبدأ العام، فى القانون المصرى أن اختلاف الدين لا اثر له فى تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين، لكن هذا المبدأ العام يرد عليه مجموعة من الاستثناءات تؤثر فيها الحالة الدينية على مركز الشخص القانونى، خاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية.

فالمصريون يخضعون لشرائعهم الخاصة، فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، وينشأ عن ذلك اختلاف المركز القانونى للأشخاص فيما يتعلق بالحقوق، والالتزامات باختلاف ديانة كل شخص بما فى ذلك مثلاً ان الزوج المسلم له حق الزواج بأربعة، بينما يقتصر حق الزواج عند المسيحين على مرة واحدة(١)، وللزوج المسلم إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة على عكس الحال بالنسبة للزوج المسيحى(٢).

(١) حيث قال السيد المسيح عليه السلام «لذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته، ويكونان جسدا واحدا» وقال ايضا: «إذن ليسا بعد اثنين، بل جسد واحد، فالذى جمعه الله لا يفرقه إنسان، بينما قامت اليهودية على تعدد الزوجات.

(٢) لقول المسيح عليه السلام فى الموعظة على الجبل «وأما أنا فاقول لكم إن من طلق إمرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزنى، ومن تزوج بمطلقة فإنه يزنى، أما اليهودية، فيجوز فيها للزوج ان يوقع الطلاق بإرادته المنفردة.

ولا يجوز لمسلمة الزواج بغير مسلم بينما يجوز للمسلم الزواج بكتابية ونلفت النظر بأن الحالات المذكورة وردت على سبيل الاستثناء وهى لا تلغى المبدأ العام، وهو تساوى الوطنيين «المصريين» جميعا فى الحقوق والالتزامات، وعدم تأثير الدين فى المركز القانونى للشخص.

المطلب الثالث

مميزات الشخصية

تمهيد وتقسيم:

٦٧ – لكل انسان فضلا عن الصفات السياسية، والعائلية، وأحياناً الدينية التى عرضنا لها مميزات معينة تميزه عن غيره. وهذه المميزات تتمثل فى الاسم، وهو وسيلة التعرف على الانسان والموطن الذى يتيح العثورعلى مكانه ويمكن مخاطبته فيه فيما يتصل بشئونه القانونية.

٦٨ – وسوف نتناول فى البداية، الاسم، ثم الموطن، كوسائل تميز الشخص عن غيره من الاشخاص الآخرين(١).

المحور الأول : الاسم : Le Nome

٦٩ – نصت المادة ٣٨ من القانون المدنى على أن يكون لكل شخص اسم ولقب، وسوف نوضح فيما يلى:ماهية الاسم، ثم التكييف القانونى له، وأخيرا، الحماية القانونية للحق فى الاسم.

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : M. M. Mazeaud فى
Lecons de droit civil - t - l, ed, 1956, n 111.

وراجع ايضا: Roubier فى :
Droits subjectifs et situations juridiques, 1963.

وانظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٦١٨، بند ٣٧٢ وما بعدها، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٣٧ بند ٢٦٩ وما بعدها، وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ح - ، ص ٣٣٦ وما بعدها، وانظر المواد ٣٤، ٣٦، ٣٨ من القانون المدنى المصرى.

١ – ما هية الاسم :

٧٠- الاسم ، حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وهو وسيلة معينة لتمييز كل شخص عن الآخر بما يمنع الاختلاط، او الشبه بين الافراد فى المجتمع.

والاسم يقصد به فى معناه الواسع، الاسم واللقب، ومعنى اللقب اسم الاسرة التى ينتمى اليها الشخص، والمشرع قد جعل من اتخاذ الاسم واللقب امرا واجبا قانونيا. وبالتالي يكون الاسم بالمعنى الواسع الذى حددناه علامة على الشخص وعلى الاسرة التى ينتمى اليها(١).

والقاعدة ان اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب، فيأخذ الولد لقب أبيه وقد جرى العرف فى بعض الدول الغربية على أن تكتسب الزوجة الحق فى لقب زورجها دون ان تفقد حقها فى اللقب الذى اكتسبته بالنسب(٢) وعلى العكس من ذلك فى مصر لا يلحق لقب الزوج بزوجته.

وفى الشرائع التى تبيح التبنى، يأخذ الولد المتبنى لقب متبنيه.

وأخيراً، فإن مجهولى الأبوين من الاطفال يطلق عليهم أسماء لا تأتى عن طريق النسب.

(١)حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٤٦، وما بعدها.
(٢) انظر M. M. Maxeaud المرجع السابق، ص ٥٤٩.

ب – التكييف القانونى للاسم :

٧١ – اختلف الفقه بشأن التكييف القانونى للاسم. فالبعض يرى ان الاسم بالنسبة للشخص الذى يحمله هو واجب او الزام.

فالاسم واجب يقرره القانون، باعتباره نظاما اداريا تفرضه الدولة على الاشخاص ليمكن التمييز بينهم ضمانا لاستقرار المجتمع، فهو باختصار نظام من أنظمة الامن المدنى Institution de Police ويترتب على هذا الرأى النتائج الآتية:

أن القانون يفرض اتخاذ بعض الاجراءات فيما يتعلق بضرورة ذكر اسم المولود ولقبه فى البيانات التى تقدم عند التبليغ عن واقعة الميلاد(١).

– ان القانون يفرض على الأفراد اتخذ اسم ولقب (م ٣٨ مدنى).

ويرى البعض الآخر ان حق الشخص فى اسمه إنما هو حق ملكية وهذا هو التكييف الذى يؤيده القضاء الفرنسى(٢).، وهذا التكييف منتقد من النواحى الآتية:

– أن الملكية إنما ترد على شئ مادى والاسم ليس الا شيئا معنويا.

– وحق الملكية من الحقوق المالية التى يدخل فى الذمة المالية. فيجوز لذلك التصرف فيه، أو النزول عنه كما يسقط بالتقادم بشروط معينة، بينما

---

(١) راجع فى ذلك M. m. mazeaud ، المرجع السابق، ص ٥٥٩ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك محكمة باريس فى ٨ مارس ١٩٦٦ فى 1434 ,.J.C.F, 1967, iin N° وانظر الأحكام المشار اليها عند توفيق فرج المرجع السابق، ص ٦٢٩-الحاشية.

الحق فى الاسم غير ذلك تماما فليس من الحقوق المالية، ولا يرد عليه التقادم المسقط او المكسب كذلك لا يمكن التصرف فيه، ولا النزول عنه كحق ملكية.

– ويرى أغلب الفقهاء أن الحق فى الاسم إنما هو حق من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية ولذلك فانه يتمتع بالحماية المكفولة لهذه الحقوق. ويتميز بانه حق مطلق يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الكافة. فحق الفرد فى الاسم يقابله واجب سلبى عام على الجميع باحترامه وعدم الاعتداء عليه، وهذا هو التكييف السائد فى الوقت الحالى ويترتب على هذا النتائج الآتية:

١ – انه الحق فى الاسم لا يمكن التصرف فيه بمقابل أو بدون مقابل ولا النزول عنه.

٢ – انه لا يسقط بالتقادم ولا يمكن اكتسابه ايضا بالتقادم(١).

ج – حماية الحق في الاسم:

٧٢– تنص م ٥١ من القانون المدنى على أن لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه دون حق ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

(١) ويرى حسن كيره أن الاسم له طبيعة مزدوجة مركبه فهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره فى تحديد خصائصه / المرجع السابق / ص ٥٥٠، بند ٢٧٨.

والاعتداء على الاسم يكون بالمنازعة فيه او انتحاله نفسه او استعماله على أي وجه كان.

وقد أعطى القانون لصاحب الحق في الاسم الحق في مطّالبة المعتدي بالكف عن الاعتداء كما يخول له حق في التعويض عما يكون قد نشأ عن ذلك من ضرر مادي أو معنوي.

المحور الثانى : الموطن Le Domicile

أهمية الموطن وتقسيمه:

٧٣- قدمنا أن الحالة L'etat تحدد مركز الشخص بانتمائه الى دولة معينة، وأسرة وإلى حد ما دين معين وبأن الاسم يتيح التعرف على الشخص ويمنع من اختلاطه بغيره أما الموطن انما يمكن من العثور على مقر الشخص.

والمقصود بالموطن المقر القانونى الثابت للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى ويخاطبه فيه الغير بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا النشاط بحيث يعتبر الشخص موجودا فيه على الدوام حتى لو تغيب عنه بصفة مؤقتة.

وبهذا التعريف فإن الموطن Le domcile يختلف عن محل الاقامة La demeure وهو المكان الذى قد يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة او عارضة بحيث لا يمكن اعتباره فى نظر القانون مقرا ثابتا فى علاقاته مع الغير(١).

٧٤- ويرتب القانون على الموطن مجموعة من الاثار منها وأهمها:

ما ورد النص عليه بالمادة ١٠ من قانون المرافعات ان الأوراق المطلوب إعلانها الى الشخص تسلم اليه هو نفسه، او فى موطنه.

---

(١) راجع: حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٦٠.

- ما تنص عليه المادة ٤٩ من قانون المرافعات من أن الدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه.

- وتنص م ٣٤٧ من القانون المدنى على أن الوفاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

- كما تنص م ١٩٧ من القانون التجارى على أن شهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين.

وعلى أية حال فإن الموطن قد يكون عاما، وقد يكون خاصا، والموطن العام هو الذى يعتد فيه بالنسبة الى جميع معاملات الشخص ونشاطه بوجه عام.

- والموطن الخاص على العكس من ذلك يعتد فيه بالنسبة الى بعض الأعمال أو بعض الأنشطة.

- والقاعدة العامة ان الموطن العام يختاره الشخص بإرادته دون اجبار وهذا هو الموطن الاختيارى أو الارادى. على أن القانون قد يفرض على بعض الاشخاص موطنا معينا فى حالات استثنائية لا يكون لارادة الشخص دخل فى إختياره ويطلق عليه الموطن الاجبارى او الالزامى.

٧٥- من هنا نستطيع تقسيم الموطن الى موطن عام وموطن خاص والموطن العام ينقسم الى موطن اختيارى أو إرادى، وموطن الزامى او اجبارى.

أولاً : الموطن العام:

قلنا ان المطن العام هو مقر الاقامة العادية المستقرة التي يعتد فيها بجميع النشاطات القانونية للشخص. والأصل ان يكون الموطن العام اختياريا، الا ان هناك بعض الاستثناءات بفرض فيها القانون على الاشخاص اتخاذ موطن معين فيكون موطنا إلزاميا أو إجباريا.

وفيما يلي نتناول نوعى الموطن العام:

١ - الموطن الاختيارى:

أخذاً من نص المادة٤٠ مدنى فان الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة وبهذا النص فقد أخذ المشرع المصرى بما يسمى التصوير الواقعي للموطن فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص اقامة مستقرة ويعتبر أنه موجود فيه دائما حتي ولو تغيب عنه أحيانا. فلا يكفى وجود الشخص فى مكان ما وانما يلزم الاستقرار فى هذا المكان. فعنصر الاستقرار ضرورى لتوافر شروط الموطن. وتأكيدا لذلك وتفصيلاً له ذهبت محكمة النقض الى أن مكان تلقي العلم دون الاقامة فيه لا يعد موطنا(١) والمهم أنه إذا كان الموطن هو محل الاقامة، الذى يقيم فيه الشخص عادة اى بشكل مستقر. على أن الاستقرار لا يقصد به الاقامة المتصلة، وانما يقصد به الاقامة المعتادة. ويتحقق هذا الشرط حتى ولو تخلل الاقامة فترات انقطاع او غياب، وبالنظر الى عنصرى الاقامة والاستقرار يمكن لنا ان نستنتج الاتي:

---

(١) راجع نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠ رقم ١٢٧، مشار اليها فى : توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٦٢٤، الحاشية.

- قد لا يكون للشخص موطن معين، كالبدو الرحل، بالنظر إلى عدم توافر عنصر الاستقرار لهم.

- يجوز ان يكون للشخص أكثر من موطن، مثال ذلك ان يكون للشخص زوجتان يقيم مع كل منهما فى مكان منفصل عن مكان الزوجة الاخرى.

وإجمالاً لما تقدم فقد أخذ المشرع المصرى بالتصوير الواقعى للموطن الذى يتركز اساسا على الاقامة الفعلية، وهذا ما يتفق مع الاعتبارات العملية ويترتب على هذا التصوير الواقعى للموطن انه يجوز للشخص ان يغير موطنه بإرادته.

الموطن الإلزامى:

يكون الموطن الزامياً عندما يتدخل القانون لتحديد الموطن العام بالنسبة لبعض الاشخاص دون تدخل من إرادتهم فى ذلك عتندما تحول الظروف بينهم وبين اختيار هذا الموطن.

من ذلك مثلاً ما نصت عليه م ١/٤٢ مدنى على أن «موطن القاصر، المحجور عليه، والمفقود، والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا».

ويتحدد الموطن فى هذه الحالة ليس على أساس واقعى، بل على أساس تحكمى ويبقى هذا الموطن الإلزامى طالما وجد مبرر وجوده، وهو انعدام الارادة او الغيبة فإذا بلغ القاصر أو عاد الغائب الى الأصل، وهو التصوير الواقعى، الفعلى للموطن.

ثانياً: الموطن الخاص Le domicile Spécial

٧٦- إلى جانب الموطن العادى الذى بيناه فيما سبق نص القانون على أنواع خاصة للموطن بقصد التيسير فى التعامل على الشخص، وعلى من يتعاملون معه، ومن ذلك موطن الأعمال، وموطن ناقص الأهلية فى الحالات التى يعتبره فيها القانون أهلا لمباشرة بعض التصرفات ثم الموطن المختار وهذا ما نوضحه فيما يلى:

أ- موطن الأعمال:

نصت م ٤١ من القانون المدنى على أنه «يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجار أو الحرفة».

ومن هذا النص يتضح ان كل ما يتعلق بالنشاط التجارى للشخص من مسائل قضائية يخاطب فيه فى مكان مباشرة التجارة او الحرفة.

اما الأعمال الأخرى التى لا تتعلق بالتجارة او الحرفة يخاطب فيه الشخص فى موطنه العادى.

ب - الموطن المختار : Le domicile élu

هو الموطن الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين (م ٤٣/ مدنى) ومثال ذلك ان يختار الشخص كتب محاميه لكى يعلن ما يتعلق بمنازعات قد تثور مع الغير نتيجة ابرام عقد معين.

أو أن يشترى شخص عقارا معينا بعيدا عن موطنه، فيتفق مع البائع على أن يكن له موطن قريب من العقار بالنسبة لهذا المبيع.

أوأن يتخذ الخصم موطنا مختارا فى المنطقة التى بها مقر المحكمة اذا لم يكن مقيما فيها م ٧٤ من قانون المرافعات الجديد، وبهذا النص، فقد فرض القانون على الشخص اتخاذ موطن خلافا للقاعدة العامة أن اختيار الشخص للموطن يتم بإرادته الحرة.

على أنه ضمانا لاستقرار المعاملات نص القانون (م٤٣/٢ مدنى) على ضرورة إثبات اختيار الموطن كتابة ايا كانت قيمة العمل القانونى الذى اختير الموطن لتنفيذه وينتهى الموطن المختار بتمام تنفيذ العمل القانونى الخاص به.

ج – موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرته من حقوق:

سبق أن أوضحنا أن الموطن العام لعديمى وناقصى الأهلية يتحدد بموطن من ينوب عنهم وهذا هو التحديد الالزامى او الاجبارى للموطن ويبرر هذا التحديد الالزامى الى عدم قدرة هؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية الخاصة بهم.

على أن القانون قد خرج على هذه القاعدة العامة فى بعض الحالات الاستثنائية التى يسمح فيها لعديمى وناقصي الأهلية ببعض التصرفات القانونية وفيها يتحدد لهؤلاء موطن خاص بالنسبة لهذه التصرفات القانونية وذلك الى جانب الموطن العام الذى يتحدد بموطن من ينوب عنهم.

ولذلك تنص م ٢/٤٢ من التقنين المدنى على أن «... يكون للقاصر الذى يبلغ سن ١٨ سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها».

وهذا النص يعد تطبيقا للمبدأ الذي أوضحناه، وهو ان الأعمال والتصرفات التى يعتبر القاضى فيها كامل الأهلية يكون له موطن خاص لمباشرتها، غير موطن وليه أو وصية(١)، ويتحدد هذا الموطن على أساس اقامته العادية وطبقا لقواعد تحديد الموطن بصفة عامة.

(١) انظرفى ذلك : توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٦٤٠، وانظر : حسين كيره، اصول القانون، ص ٧٨٥.

المطلب الرابع

أهلية الأداء

تمهيدوتقسيم:

نسارع للتنويه بداية أن الأهلية قد يقصد بها أهلية الوجوب، وقد يقصد بها أهلية الأداء.

أما أهلية الوجوب Capacité de Jouissance فهى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، والتحمل بالالتزامات، وعلى هذا النحو فإن أهلية الوجوب ترتبط ارتباطا وثيقا بالشخصية القانونية. فكل شخص له أهلية وجوب وأهلية الوجوب تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا كما سبق أن بينا، بل ان القانون قد جعل للحمل المستكن أو الجنين أهلية وجوب محددة(١) فى بعض المسائل، كالميراث، والوصية ، والاشتراط لمصلحة الغير.

وعدم الاعتراف بأهلية الوجوب للشخص تعنى تلقائيا عدم الاعتراف له بالشخصية القانونية، وهى مسألة لا وجود لها فى التشريعات الحديثة.

على أن الاعتراف لكل شخص بأهلية الوجوب لا يمنع من تحديد نطاق الأهلية باختلاف الحالة العائلية او السياسية او الدينية للشخص(٢) على النحو التالى:

---

(١) انظر: بصفة عامة عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، جـ ، ص ٢٥٩، الحاشية ، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٧٢، توفيق فرج ، المرجع السابق، ص ٦٤٦.

(٢) ومثال ذلك، لا يجوز للأجنبى مباشرة حق الانتخاب، وحق الترشيح للمجالس المحلية، ولا يجوز للأجنبى فى بعض القوانين تملك العقارات الا بشروط قاسية بما فى ذلك القانون الكويتى.

- وأهلية الأداء Capcité d'exercice هى صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب عليه القانون اثارا محددة، أو بمعنى آخر هى صلاحية الشخص لأن يكون صالحا لاكتساب الحق، والتحمل بالالتزام أو صلاحيته لأداء الأعمال القانونية بنفسه، ولحساب نفسه.

وعلى عكس أهلية الوجوب التى تثبت لكل شخص فإن أهلية الأداء يلزم لوجودها ان يتوافر لدى الشخص قدرة على التمييز أو الادراك تجعله قادرا على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجا لاثار قانونية. وعليه فإن مناط أهلية الأداء هو قدرة الشخص على التعبير بنفسه تعبيرا منتجا لآثار قانونية وبعبارة أخرى فإن مناط أهلية الأداء هو الإرادة او القدرة على التمييز.

- فإذا انتهينا بأهلية الأداء لازمة لابرام التصرفات القانونية فهذا يعنى استبعاد الأعمال المادية من أحكام أهلية الأداء بما يستتبع بطبيعة الحال تحديد التفرقة بين نوعى لأعمال.

- والواقع ان كل ما يصدر عن الانسان لا يخرج على كونه عملا قانونيا، أو عملا ماديا.

أما الأعمال القانونية فهى تحتاج الى الارادة Volontié فى إنشائها وفى ترتيب آثارها أو فى انقضائها.

والأعمال المادية على العكس من ذلك لا تستلزم الإرادة او التمييز لترتيب آثارها القانونية، وهذه الأعمال المادية، على ما سنرى، إما أن تكون

نافعة مثل الإثراء على حساب الغير بلا سبب، وإما ان تكون ضارة، ترتب على من يرتكبها الالتزام بتعويض المضرور.

وإذا كانت الأعمال المادية لا تستلزم الادراك او التمييز لترتيب آثارها القانونية فإن نطاق أهلية الأداء إنما ينصرف فقط الى التصرفات القانونية.

وتنقسم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء إلى أقسام ثلاثة هى :

أ - التصرفات التى تكون نافعة للشخص نفعا محضا وهى تصرفات يترتب عليها إثراء الشخص دون مقابل بما فى ذلك مثلا قبول الهدية أو قبول الوصية.

ب - التصرفات التى تكون ضارة للشخص ضررا محضا، وهى تصرفات يترتب عليها افتقار الشخص دون مقابل مثال ذلك الهبة بالنسبة إلى الواهب، والوصية بالنسبة الى الموصى.

ج - التصرفات التى تدور بين النفع والضرر أى التصرفات التى تقوم على إحتمال الكسب والخسارة بما فى ذلك البيع والايجار والمقاولة والوديعة بأجر، والشركة .... إلخ.

وإذا كان الشخص كامل الأهلية، كان له مباشرة هذه التصرفات القانونية جميعها، وإذا كان عديم الأهلية، لم يكن له مباشرة أى نوع منها فإذا كان ناقص الأهلية، كان له فقط مباشرة الأعمال النافعة نفعا محضا وامتنع عليه مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا.

أما بالنسبة للتصرفات التى تدور بين النفع والضرر فإن مباشرتها تتوقف على إذن او إجازة من الولى أو من المحكمة.

ونخلص من ذلك الى تقرير قاعدة ارتباط أهلية الأداء بالتمييز ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن أهلية الأداء تتدرج مع تدرج الانسان فى التمييز حسب السن، أو العمر. كما انها تتأثر بعوارض التمييز التي قد تعدم قدرة الشخص فى الإدراك أو تنتقص منها، كما تتأثر أهلية الأداء كذلك بموانع الأهلية(١). وإذا وجد عارض من عوارض الأهلية، أو مانع من موانعها فإن القانون يجعل لغيرهم ولاية مباشرة التصرفات عن هؤلاء وهذه هى الولاية على المال.

وسوف نوزع دراستنا فى أهلية الأداء على محاور ثلاثة:

- الأول تدرج الأهلية بحسب السن.
- والثانى، ثم عوارض الأهلية.
- والثالث فى أحكام الولاية على المال.

---

(١) وفرق فيما سنرى بين عوارض الأهلية وموانعها، والأولى لا تنشأ إلا لمرض أصاب العقل، فأعدم التمييز، أو نقصه، اما الثانية فلا علاقة لها بالادراك او التمييز.

المحور الأول: تدرج أهلية الأداء بحسب السن:

٨١- إذا كان مناط أهلية الأداء هو التمييز أو الادراك، والتمييز بدوره يرتبط بالسن فالمعنى تدرج أهلية الأداء بحسب السن. وعليه فقد أوجب المشرع التفرقة فى حياة الانسان بين مراحل ثلاث الاولي، وفيها يكون الشخص صغيرا غير مميز «عدم التمييز» ويسمي بعديم الأهلية. وفى المرحلة الثانية، يكون الشخص صبيا قد بدأ تمييزه لكنه لم يكتمل فيسمى «ناقص الأهلية» وفى المرحلة الثالثة، يكون الشخص بالغاً، كامل الأهلية شريطة ألا يكون مريضا بمرض عقلى يفقده الإدراك تماما او ينقص من إدراكه.

المرحلة الأولى : الصغير عدم التمييز:

- حدد المشرع سن التمييز بسبع سنوات فنصت المادة ٤٥ من التقنين المدني «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن، وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز».

فى هذه المرحلة يعتبر الشخص إذن عدم التمييز وتنعدم لديه أهلية الأداء بحيث لا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية، سواء كانت نافعة نفعا محضا، أو ضارة ضررا محضا او تدور بين النفع والضرر.

وتكون تصرفات الصغير باطلة بطلانا مطلقا لا يتتب عليها أى أثر وتعتبر كأنها لم تكن Nul et nul effet(١).

(١) وتنص م ١١٠ من القانون المدنى على أنه «ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله، وتكون جميع تصرفاته باطله».

وإذا كان الصغير لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية جميعها، فإن حق مباشرة هذه التصرفات إنما تثبت لوليه، وهو الأب أو الجد الصحيح، وهذا ما نوضحه فيما بعد.

المرحلة الثانية: الصبي ناقص الأهلية:

هذه المرحلة تكون ما بين سن السابعة وحتى سن الحادية والعشرين.

وفى خلال هذه الفترة يكن الصبى غير مكتمل الأهلية بالكامل، ولا يكون ايضيا عديم الاهلية تماما، بل يكون فى مرحلة وسط بين انعدام الاهلية واكتمالها وتسمى مرحلة نقص الاهلية.

وقد نصت م ٢/٤٤ من التقنين المدنى على أن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.

٨٢- ويثور التساؤل عن حكم تصرفات الشخص فى هذه المرحلة ونبادر الى القول بوجود قاعدة عامة خرج عليها المشرع ببعض الاستثناءات:

القاعدة العامة:

تقضى القاعدة العامة فى هذا الشأن بأن الصبى غير المميز يعتبر كامل الاهلية بالنسبة الى التصرفات النافعة له نفعا محضا وهى التصرفات التى يترتب عليها زيادة حقوقه كقبول الهبة، وقبول الوصية. أو انقاص ديونه، كابراءه من المديونية لمصلحته.

أما التصرفات التى تدور بين النفع والضرر وهى التصرفات التى يتبادل فيها الطرفان الأخذ والعطاء ، كالإيجار، والبيع، والمقاولة مثلا، فإنها تكون قابلة للإبطال، او باطلة بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر الذى قام بها. والبطلان النسبى يجوز إجازته من الولي أو ،من المحكمة، كما يزول حق التمسك بالابطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد.

اما التصرفات الضارة ضررا محضا، وهى التى يترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته دون مقابل، فتعتبر باطلة بطلانا مطلقا.

وأخذاً من نص المادة ١١٩ من القانون المدنى إذا لجأ القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص الأهلية على المتعاقد الآخر، فإنه يلتزم بتعويض الضرر الذى يصيب الطرف الآخرمن جراء إخفاء نقص الأهلية.

وإذا كانت القاعدة العامة بالنسبة للتصرفات القانونية الخاصة بناقص الاهلية على ما قدمنا فقد خرج المشرع المصرى على هذة القاعدة العامة فى بعض الحالات الاستثنائية الواردة فى القانون على سبيل الحصر والتى روعى فيها اعتبارات خاصة لتحقيق مصلحة ناقص الأهلية.

الاستثناءات على القاعدة العامة:

٨٠- بمقتضى هذه الاستثناءات يكون لناقص الاهلية حكم الشخص الذي اكتملت أهليته فى إبرام بعض التصرفات القانونية برغم انها تدور بين النفع والضرر أو ضارة ضررا محضا. وهذه الاستثناءات هى :

١ – أخذا من قانون الولاية على المال، يكون للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من أموال لأغراض نفقته ويصح التصرف المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط.

ويتضح من هذا النص بداية ان المشرع لم يحدد سنا معينة لصحة التصرف المذكور وعلى ذلك يجوز للقاصر فيما بين سن ٧ حتى ٢١ سنة اهلية التصرف فيما يسلم له او يوضع تحت تصرفه لأغراض نفقته اليومية ويلاحظ على هذا النص ما يأتي:

– ان أهلية القاصر محدودة فى حدود هذه الاموال فقط.

– ان للقاصر فى حدود هذه الاموال أهلية التصرف وأهلية الادارة دون حاجة إلى إذن أحد.

– ان للقاصر أن يعقد ما شاء من عقود فى حدود هذه الأموال فقط.

٢ – طبقا لنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال «يجوز للقاصر الذى يبلغ سن الرابعة عشر أو الانتهاء من التعليم الإلزامى، أيهما أكبر(١) ان يبرم عقد العمل الفردى، وفقا لأحكام القانون، ويجوز للمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر، او مستقبله او لمصلحة اخرى ظاهرة.

وقد راعى المشرع فى إعطاء الحرية للقاصر فى إختيار نوع العمل دون رجبار من الولي أو الوصى. و فى حالة حدوث اضرار للصبى من جراء ابرام هذا العقد أعطى القانون للمحكمة الحق فى إنهاء العقد الذى

(١) أحمد الزقرد / قانون العمل ٢٠٠٣/١٢/ ط ١/ ٢٠٠٤.

أبرمه القاصر بناء على طلب من الوصى أو ذى شأن.

٣ - للقاصر الذى بلغ سن السادسة عشر أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله، من أجره، وغيره إعمالا لنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال.

والغاية من النص تشجيع القاصر على العمل، والانتاج فضلا عن تعليمه حرفة معينة وهو فى سن مبكرة، لذا حرص المشرع على إعطاء الصبى الذى يبلغ سن السادسة عشر، أهلية كاملة فى حدود هذا المال الذى يكسبه من مهنته أو من صناعته.

والمعنى أن تصرف القاصر فى هذه الأموال لا يتوقف علي إجازة أحد ومع ذلك فإن للمحكمة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فيما يكسبه من عمله إذا اقتضت المصلحة ذلك.

٤ - يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية ان يباشر التجارة إذا بلغ سن الثامنة عشر، وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مقيدا أو مطلقا إعمالا لنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال.

ويلاحظ بأن بالتجارة لا يصدر الا المحكمة وحدها، ولو كان للقاصر ولى وهذا يختلف عن الاذن للقاصر بإدارة أمواله الذى يكفى فيه إذن الولى.

٥ - أجاز القانون لمن بلغ سن الثامنة عشر أن يوصى، وتكون وصيته جائزة متى أذنت المحكمة بذلك أخذا من نص المادة ٥ من قانون الوصية.

والواقع ان الوصية هى من التصرفات الضار ضررا محضا، لأنها تنشئ فى ذمة القاصر التزاما دون أن تكسبه حقا ومع ذلك فقد أجازها القانون للقاصر، باعتبارها من التصرفات المضافة لما بعد الموت أى لا يترتب عليها أثر فى الحال، وفى إذن المحكمة رقابة كافية لمنع القاصر من الإيصاء بناء على الهوى أو لمجرد النزوات او الطيش.

٦ - كما انه طبقا للمادة ٦٠ من قانون الولاية على المال إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال اعتبر ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر، والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك سواء وقت الإذن او فى قرار لاحق.

ويبين من هذا النص ان الإذن بالزواج للقاصر يكون إذنا بالتصرف فى المهر، والنفقة، الا انه يجوز للمحكمة مع ذلك ان تحدد للقاصر ما يدفعه من مهر أو نفقة.

٧ - إذا بلغ الصبى المميز سن الثامنة عشر، وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت اعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التي رسمها القانون.

٩١- والمتأمل بالنص يرى بأن شروط تطبيقه هى:

١ - ان يكون القاصر قد بلغ ثمان عشر سنة ميلادية كاملة.

٢ - ان يكون قد أذن له فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها، وهذا الاذن قد يصدر من الولي وقد يصدر من المحكمة.

٣ – أن الأهلية التى تعطي للقاصر في هذه الحالة هي أهلية الادارة، فقط وبالتالى فهو لايملك حرية التصرف في هذا المال.

٤ – وحتى حق الادارة قد قيده القانون بقيود معينة منها:

– أنه لا يجوز له الوفاء بديون غير الديون المترتبة على أعمال الادارة (م ٥٦).

– أنه لا يجوز للقاصر ان يتصرف فى صافى دخله الا بالقدر اللازم لسد نفقاته، ومن تلزم نفقتهم قانونا.

وفضلا عن ذلك، يجوز للمحكمة أخذا من نص المادة ٥٨ من قانون الولاية على المال أن تحد من الإذن المعطى للقاصر بتسلم أمواله لادارتها منه بعد سماع أقواله ويجوز للولي إذا كان أعطى الإذن للقاصر في تسلم كل أو بعض أمواله لادارتها، ان يسحب هذا الإذن او يحد منه وذلك بإشهاد لدى الموثق إعمالاً لما ورد بالمادة ٥٤ من قانون الولاية على المال.

المرحلة الثالثة: البالغ الرشيد:

إذا بلغ الشخص سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ولم يكن مريضا بمرض عقلي يعدم إدراكه أو ينقص منه كان كامل الإرادة والتمييز. ولما كان مناط أهلية الأداء على ما قدمنا هو التمييز، يكون لهذا الشخص إذن أهلية أداء كامله. وعليه نصت المادة ٤٤ مدنى بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وترتيباً على ذلك يجوز للبالغ الرشيد ان يبرم جميع التصرفات القانونية . سواء كانت نافعة نفعا محضا او ضارة ضررا محضا او تدور بين النفع والضرر.

كما تنتهى فى هذه المرحلة الولاية او الوصاية التى كانت مقامة على الشخص قبل بلوغه هذا السن، ما لم تكن المحكمة قد قضت باستمرار الولاية او الوصاية عليه بسبب إصابته بعارض من عوارض الأهلية التى سنتكلم عنها فيما يلى:

المحور الثانى: عوارض الأهلية:

٩٢- نصان وتعليق:

تنص المادة ٤٥ من القانون المدنى على أنه لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن او عته او جنون.

وتنص المادة٤٦ مدنى على أنه «... كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها او ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لمايقرره القانون» وبذا فإن عوارض الأهلية يمكن تقسيمهابحسب تأثيرها فى أهلية الشخص الى قسمين:

١ - عوارض تعدم الاهلية لانها تعدم فى الشخص قدرته على الادراك او التمييز.

٢ - عواض تنقص الاهلية فقط، ولا تعدمها لانها تنقص من قدرته على الإدراك أو التمييز.

اما العوارض التى تعدم الاهلية فهى الجنون، والعته، والعوارض، التى تنقص الاهلية هى السفه، والغفلة(١). ونوضح ذلك فيما يلى:

---

(١) وقد نصت م ١١٣ من القانون المدنى على أن «المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عليهم وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون».

١ – الجنون والعته:

الجنون: آفة أو مرض عقلي يصيب الشخص فيعدمه الادراك والتمييز(١).

والعته: هو اختلال العقل، ونقصانه بما يجعل الشخص قليل الفهم فاسد التدبير، مختلط الكلام.

والجنون والعته يؤديان الى فقدان التمييز أخذا من نص المادة ٤٥ من القانون المدني التى تقضى بأنه «لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من ان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون».

وبالنسبة لتصرفات المجنون او المعتوه، فقد فرق المشرع بين مرحلتين: المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر الذى تصدره المحكمة والمرحلة اللاحقة على تسجيل قرار الحجر.

فإذا صدر من المجنون أو المعتوه تصرف قبل تسجيل قرار الحجر فإن هذا التصرف يقع صحيحا، رغم انعدام الارادة او التمييز وقد خرج المشرع هنا على قاعدة ان مناط أهلية الأداء هو التمييز لاعتبارات أخرى أهمها حماية الطرف الاخر الذى تعاقد مع المجنون او المعتوه،، إذا كان هذا الطرف حسن النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته.

---

(١) يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين الجنون المطبق الذى لا تتخلله فترات إفاقه، وبين الجنون المتقطع الذى تتخلله فترات إفاقة فتبطل كل تصرفات الاول وتصح تصرفات الثانى إذا كانت اثناء فترة الإفاقة، أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٧٦.

فإذا كان الطرف الآخر سيئ النية يعلم بحالة الجنون أو العته، أو كانت حالة الجنون او العته شائعة بين الناس وقت التعاقد، فان التصرف فى الفرضين يكون باطلا بطلانا مطلقا.

أما إذا صدر من المجنون أو المعتوه تصرف بعد تسجيل قرار الحجر، فإن هذا التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا، ايا كان نوع التصرف، أى سواء كان نافعا نفعا مخضا أو ضارا ضررا محضا او يدور بين الوفع والضرر، ويظل الأمر كذلك حتى يرفع الحجر عن المجنون او المعتوه.

وتأكيدا لذلك، نصت المادة١١٤ مدنى على أنه:

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتونه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

٢ - أما اذا كان التصرف قبل تسجبل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخرعلى بينة منها.

٢ - السفه والغفلة:

٩٣- السفيه، من يبدد ثروته بصورة منافية لمقتضيات العقل والمنطق أو من يبذر وينفق المال بشكل مبالغ فيه وخارج على المألوف.

اما ذو الغفلة فهو الشخص الذى لا يحسن التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات فيتعرض بصفة مستمرة للخداع والغبن.

ولما كان السفيه، وذى الغفلة فى حاجة الى حماية القانون. فإن المشرع يعتبر أن السفيه وذو الغفلة فى حكم الصغير ناقص الأهلية، على أنه يتعين التفرقة فى حكم تصرفات السفيه والمغفل بين مرحلتين هما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر، والتصرفات الصادرة بعد تسجيل قرار الحجر.

أ - صدور التصرفات قبل تسجيل قرار الحجر:

قرر المشرع صحة تصرفات السفيه او ذى الغفلة التي تتم قبل تسجيل قرر الحجر وذلك حرصا من المشرع على استقرار المعاملات وعدم مفاجأة المتعاقد الاخر.

وعلى العكس من ذلك، إذا قصد من تعامل مع السفيه أو ذى الغفلة استغلال حالته لكي يحصل على فائدة من وراء ذلك، أو أنه تعامل معه بقصد التحايل على القانون وهو يعلم انه سيحجر عليه في القريب، فإن هذه التصرفات. تأخذ حكم التصرفات التى تتم بعد تسجيل قرار الحجر.

ب - صدور التصرفات بعد تسجيل قرار الحجر:

هذه التصرفات يسري عليها أحكام تصرفات الصبى ناقص التمييز ومعنى ذلك ان هذه التصرفات تكون صحيحة اذا كانت نافعة نفعا محضا وتكون باطلة اذا كانت ضارة ضررا محضا.

وتكون قابلة للإبطال لمصلحة السفيه، أو المغفل، إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

وقد خرج المشرع على هذه القاعدة فى حالتين هما:

- أنه أجاز للسفيه أو ذى الغفلة التصرف في أموالهما عن طريق الوقف والوصية، ويقع التصرف بالوقف أو الوصية صحيحا متي أذنت المحكمة بذلك حتى ولو كان التصرف قد تم بعد تسجيل قرار الحجر.

- كما أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما مباشرة أعمال الادارة متى أذنت المحكمة لهما فى تسلم كل او بعض أموالهما لادارتها، وتسرى على هذه الحالة الأحكام الخاصة بالقاصر المأذون له بالإدارة، البالغ ثمانية عشر سنة فيما عرضنا له آنفا.

المحور الثالث : موانع الأهلية :

٩٤- إذا بلغ الشخص سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة، ولم يسبق الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية التى أشرنا اليها كامل الأهلية يجوز له ابرام جميع التصرفات القانونية.

وبرغم اكتمال الأهلية فقد تحدث ظروف يترتب علي أثرها عدم تمكن هذا الشخص من مباشرة التصرفات القانونية، أو عدم تمكينه من مباشرتها منفردا.

لذلك يجعل القانون لمثل هذا الشخص نائبا يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات او يقوم الى جواره بمباشرتها.

وجدير بالملاحظة أن الظروف التى تمنع شخص كامل الأهلية من مباشرة التصرفات القانونية قد تكون طبيعية، وقد تكون مادية، وقد يترتب عليها منع الشخص كليا، أو جزئيا عن مباشرة التصرفات القانونية.

والفرق بين موانع الأهلية وعوارض الأهلية ان الأولى يكون فيها الشخص كامل الارادة والتمييز ومع ذلك فهو لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية او لا يستطيع ممارستها منفردا لذلك يتدخل القانون لتعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم الى جانبه بمباشرتها.

أما فى عوارض الأهلية فإن الشخص لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية نظرا لانعدام او لنقص الارادة والتمييز وبعبارة أخرى إذا كانت

موانع الأهلية لا شأن لها بالإرادة والتمييز فإن عوارض الأهلية تتعلق مباشرة بالإرادة والتمييز.

٩٥- ونلفت النظر بأن موانع الأهلية يمكن تقسيمها الى :

- مانع مادي، وهو الغيبة(١)

- مانع قانوني، وهو الحكم على الشخص بعقوبة جنائية(٢).

- وأخيرا مانع طبيعي، وهو العاهة المزدوجة او العجز الجسماني الشديد(٣).

١- المانع المادى (الغيبة): (٤)

٩٥- تنص المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال على أن «المحكمة تقيم وكيلا عن الغائب كامل الأهلية اذا انقضت مدة سنة او اكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه وذلك فى الأحوال الآتية:

- اذا كان مفقودا لا تعرف حياته من مماته.

---

(١) المادتان ٧٤ و ٧٥ من قانون الولاية على المال

(٢) المادة ٢٥ رابعا، من قانون العقوبات.

(٣) المادة ١١٧ مدنى.

(٤) والواقع ان الغيبة التي يتحقق معها مانع الأهلية لا يمكن تصورها الا اذا كان الغائب كامل الأهلية لأنه لو كان عديم أو ناقص الأهلية لكانت الولاية على ماله ثابتى، للولى، أو الوصى، أو القيم -- كما سنرى - حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٩٢، الحاشية، سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونيبة ، ط ١٩٦٧، ص ٣٣٤، بند ٢٢٠.

- إذا لم يكن له محل اقامة، ولا موطن معلوم او كان له محل اقامة او موطن معروف خارج البلاد، واستحال عليه ان يتولي شئونه بنفسه او ان يشرف على من ينيبه فى إدارتها.

- والمتأمل بالنص يرى بأن الغيبة التي يتحقق معها مانع الأهلية قد تكون غيبة يعتبر فيها الشخص فى حكم المفقود الذى لا تعرف حياته من مماته.

- وقد تكون غيبة لا يتحقق معها تطبيق أحكام المفقود. لأن حياة الغائب فيها مؤكدة، وتعد مع ذلك مانعا من موانع الأهلية، اذا استحال على الغائب مباشرة التصرفات القانونية، أو الاشراف على من أنابه فى ادارتها.

وإقامة وكيل عن الغائب عن طريق المحكمة يتقيد بالاعتبارات الاتية:

- أن تكون قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه.

- أن يترتب على الغيبة تعطيل مصالح الغائب كأن يكون قد ترك اموالا عقارية او منقولات فى حاجة الى من يديرها او يشرف عليها واستحال على الغائب ذلك بنفسه او استحال عليه ان يشرف على من يتولى إدارتها نيابة عنه.

وإذا عاد الغائب، أولم يعد لكنه استطاع بوسيلة ما ان يتولى شئونه بنفسه او ان يشرف على من يدير شئونه فان مانع الأهلية يزول، وتزول آثاره.

كذلك تنتهي الغيبة اذا مات الغائب موتا حقيقيا، أو حكميا – حالة المفقود م ٧٦ من قانون الولاية على المال(١)

٣ – المانع الطبيعي «العاهة المزدوجة، أو العجز الجسماني الشديد(٢).

٩٦– قد يكون الشخص مصابا بعاهة مزدوجة كأن يكون أصم أعمى، أو أعمى أبكم، أو أصم أبكم، بحيث يتعذر عليه ان يحيط بظروف التعامل، او قد يكون فى قدرته مباشرة التصرفات القانونية، ولكن يخشى عليه من الانفراد بالتصرف لعجز جسماني شديد كالشلل مثلا او الضعف الجسدى الشديد.

وفى حالتي العاهة المزدوجة او العجز الجسمانى الشديد يجيز القانون اقامة مساعد قضائى للشخص يكون بمثابة معاون له فى إجراء التصرفات القانونية.

ويجب أن يكون واضحا ان صاحب العاهة المزدوجة او العجز الجسمانى الشديد هو شخص كامل الاهلية، وإن أجاز القانون اقامة المساعد القضائى لكى يحيطه علما بظروف التعامل، والتعبير عن إرادته بصورة ظاهرة.

---

(١) وقد نصت المادة ٧٥ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا ترك الغائب وكيلا عاما، تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى، وإلا عينت غيره.

(٢)انظر المادة ١١٧ مدنى، والمادة٧ من قانون الولاية على المال.

ولذلك نصت المادة ١/١١٧ مدنى على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم. أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك».(١)

كما نصت المادة٧/٢ من قانون الولاية على المال أنه «يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائى إذا كان يخشى من انفراد الشخص فى مباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسمانى شديد.

والمتأمل بالنصين السابقين يرى أن مجرد العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد لا يكفى وحده لجواز اقامة المساعد القضائى، وإنما يلزم ان يتعذر على الشخص فعلا التعبير عن ارادته او يخشى عليه من الانفراد بهذا التعبير، وبالتالي ففى الحالات التى يوجد فيها عاهه مزدوجة أو عجز جسمانى شديد ولكن يظل الشخص محيطا بظروف التعامل معبرا بوضوح عن إرادته، فلا حاجة لتعيين مساعد قضائى وفى كل الحالات فإن المبرر لتعيين المساعد القضائى متروك لقاضى الموضوع على أن المحكمة لا تقرر المساعدة القضائية فى كل التصرفات وإنما يكون ذلك فقط فى التصرفات التى تقتضى مصلحة الشخص تقرير المساعدة القضائية(٢).

وقد حدد قانون الولاية على المال هذه التصرفات بأنها التصرفات التى لا يجورز مباشرتها للوصى الا بإذن من المحكمة - م ٣٩.

(١) وطرق التعبير عن الإرادة هى القول، والكتابة، والاشارة المتداولة عرفا او باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك فى دلالته على حقيقة المقصود ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا، اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

(٢) فى هذا المعنى حسن كيره، المرجع السابق،و ص ٥٩٤.

وإجمالاً، فإن المحكمة وهى بصدد تعيين المساعد القضائى عليها ان تراعى الاعتبارات التالية:

- أن يكون الشخص مصابا بعاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد.

- ان تؤدى العاهة أو العجز إلى تعذر قيام الشخص بالتعبير الواضح عن إرادته.

- أن يتعلق الأمر بتصرف من التصرفات المنصوص عليها قانونا بالمادة ٣٩ من قانون الولاية على المال.

وإذا توافرت هذه الاعتبارات فإن المحكمة تعين للشخص مساعدا قضائيا يعينه على مباشرة التصرفات القانونية.

ولكن السؤال مع ذلك يثور عن أثر الحكم بتقرير المساعدة القضائية؟

نحن نقرر بداية ان المساعد القضائى، على عكس الولى أو الوصى لا يباشر منفردا تصرفات ذى العاهة أو العاجز بالنيابة عنه وإنما يباشر هذه التصرفات بالتعاون والاشتراك معه، وبعبارة أخرى، فالمساعد القضائى لا ينوب عنه بل يتعاون معه.

وبذا تختلف المساعدة القضائية عن النيابة القانونية والقضائية ذلك ان المساعد القضائى لا يباشر التصرفات نيابة عن ذى العاهة او العاجز بل يباشرها بالاشتراك أو بالتعاون معه.

وترتيبا على ذلك فإن التصرفات التى يباشرها المساعد القضائى بصورة منفردة لا تكون نافذة فى حق من تقررت له المساعدة وانفراد من تقررت له المساعدة القضائية بمباشرة التصرفات القانونية يجعل التصرف قابلا للإبطال لمصلحة الغير اذا وقع التصرف بعد تسجيل طلب او اقرار المساعدة القضائية.

فإذا وقع التصرف قبل تسجيل طلب او قرار المساعدة القضائية فانه لا يكون قابلا للإبطال الا إذا كان المتعاقد مع ذوى العاهة او العاجز عجزا شديداً سئ النية يعلم بحالته، وتعاقد معه برغم ذلك(١).

وجدير بالملاحظة أنه يجوز للمحكمة أن تأذن للمساعد القضائى أن يباشر على انفراد التصرفات القانونية اذا امتنع الطرف الآخر عن مباشرتها وترتب على ذلك ان اصبحت أمواله فى خطر(٢)

فإذا امتنع المساعد القضائى عن الاشتراك او المساعدة فى مباشرة التصرف، يجوز رفع الأمر للمحكمة التى لها أن تأمر بتعيين شخص آخر.

ونلفت النظر، بأن المحكمة الجزئية قد أصبحت مختصة، إعمالا للقانون رقم١/٢٠٠ بتقرير المساعدة القضائية ورفعها، وتعيين المساعد القضائى واستبداله،ونصت المادة ١٥ من القانون المذكور على أن الاختصاص المحلي فى مواد المساعدة القضائية يتحدد بموطن المطلوب مساعدته.

---

(١) المادة ٢/١١٧ مدنى، وانظر ايضا المادة١٠٢٨ مرافعات.
(٢) المادة٧١ من قانون الولاية على المال.

٢- المانع القانوني : الحكم بعقوبة جنائية(١)

٩٧ - نصت المادة ٢٥ من قانون العقوبات على أن كل من حكم عليه بعقوبة جنائية لا يجوز له ان يتولي إدارة أمواله مدة اعتقاله، ولا يجوز للمحكوم عليه بعقوبة جنائية مباشرة أعمال التصرف الا بناء على إذن المحكمة.

وهكذا فإن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة إدارة الأعمال الخاصة بأملاكه، أو أمواله ويجوز للمحكوم عليه ان يعين قيم، تقره المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه.

ويجوز للمحكمة ان تعين له قيما بناء على طلب النيابة العامة او ذى مصلحة فى ذلك.

وفيما يتعلق بأعمال التصرف، تغل يد المحكوم عليه عن مباشرتها إلا بناء على إذن المحكمة المدنية المختصة، وإلا اعتبر التصرف باطلا بطلانا مطلقا.

فالحكم بعقوبة جناية، يمنع من مباشرة أعمال الإدارة والتصرف إلا بإذن المحكمة والفرق بين أعمال الادارة والتصرف فى هذا الشأن ان

---

(١) عرفت المادة ١٠ من قانون العقوبات الجنايات بأنها الجرائم المعاقب عليها بالاعدام والاشغال الشاقة المؤبدة، او الاشغال الشاقة المؤقت، ز السجن انظر تفصيلا: عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، ١٩٨٩، ص ١١٦ وما بعدها. وقد ألغيت بعد ذلك عقوبات الاشغال الشاقة بنوعيها.

الاولى يجوز فيها للمحكوم عليه ان يختار قيم لمباشرتها والثانية، تبقى للمحكوم عليه ولكن لا بد من الحصول على إذن المحكمة لمباشرتها وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا.

ونلفت النظر بأن منع المحكوم عليه بعقوبة الجناية من إدارة امواله او التصرف فيها بدون إذن من المحكمة يستمد مصدره من نص المادة ٢٥ عقوبات كعقوبة تبعية في الجنايات فقط فلا يجوز تطبيقه فى عقوبة الجنح او المخالفات.(١)

والغاية من اعتبار الحكم بعقوبة جناية مانعا من موانع الاهلية هو حرمان المحكوم عليه من القدرة على الاستعانة بأمواله للتمكن من الهرب والنجاة من العقوبة او التخفف من تنفيذها(٢).

---

(١) والجنح : هى الجرائم المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه - المادة١١ عقوبات.

والمخالفات: هى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه المادة١٢ عقوبات.

(٢) انظر في ذلك : حسن كيره، مرجع وموضع سابقين

المحور الرابع : أحكام الولاية على المال(١)

تمهيدوتقسيم:

٩٨- رأينا فيما سبق أن أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثار ه القانونية لحسابه وفى ذمته، وذكرنا ان ثمة أشخاصا عديمى، وناقصى الأهلية سواء لصغر السن، أو لعارض من عوارض الأهلية كما ان هناك موانع للأهلية هذه الموانع قد تكون طبيعية او قانونية او مادية.

وفى عوارض الأهلية وموانعها تكون قدرة الاشخاص على مباشرة التصرفات القانونية منعدمة أو مقيدة أو ممتنعة، لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرتها عنهم، ولحسابهم بحيث تنصرف آثار التصرف الى ناقصى وعديمى الأهلية مباشرة.

فالولاية هى قدرة أو سلطة لشخص فى مباشرة التصرفات القانونية باسم ولحساب، غيره من عديمى الأهلية، أو ناقصيها، أو من كاملى الأهلية الذين يقوم فى شأنهم مانع من موانع الأهلية.

وبعبارة أخرى هى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص اخر مع إنتاج التصرف كافة اثاره فى حق هذا الأخير.

(١) مصطلح الولاية على المال، مأخوذ من فقه الشريعة الاسلامية، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠٩، بند ٣١٨ وما بعدها، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٩٨ - والمقصود هو المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ ولم يتم الغائه بقانون ٢٠٠٠/١ الخاص بتنظيم بعض اجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية لذا يصح القول بان القانون الجديد يكمل قانون الولاية على المال - الجريدة الرسمية ع ٤ - ٢٩ يناير ٢٠٠٠.

والولاية تنقسم الى قسمين : الولاية على النفس، وهى تتعلق بشخص المولى عليه، ولا تدخل فى نطاق دراستنا.

والولاية على المال التى تتعلق بأموال القصر، أو على مال المحجور عليهم أوعلى مال ذوى المانع من موانع الأهلية ونتناولها على التفصيل الاتى بيانه:

وهذه المسائل الثلاث نتناولها بالشرح فيما يلي:

أولاً : الولاية على مال القصر

٩٩ - الولاية على مال القصر، عديمى أو ناقصى الأهلية تثبت إما للولي وإما للوصى على النحو الاتى بيانه:

١ - الولى :

الولي مصطلح يطلق على الأب، والجد الصحيح، وهو ابو الأب وبالنظر الى المذهب الحنفى فى ترتيب الولاية على المال، فإن هذه الولاية تثبت بداية للأب، ثم الوصى المختار «الذى يختاره الأب» ثم للجد الصحيح أى لأبى الأب، وأخيرا تثبت لمن تعينه المحكمة من الأوصياء(١)، (٢)

وقد نصت المادة الأولى من قانون الولاية على المال بأن «لأب» ثم للجد الصحيح اذا لم يكن الأب اختار وصيا، الولاية على مال القاصر،

(١) الوصى الذى يختاره الأب يسمي «الوصى المختار» وهو يقع فى المرتبة الثانية فى ترتيب الاولياء اما الوصي الذى تعينه المحكمة ويقع فى المرتبة الأخيرة فيسمى الوصى المعين راجع فى ذلك سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦١٠ وما بعدها.

(٢) وهو المذهب المعمول به فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين م ٣ من القانون ١/ ٢٠٠٠.

وعليه القيام بها، ولا يجوز له ان ينتحى عنها إلا بإذن المحكمة» والمعنى ان الولاية لا تثبت للجد الا اذا لم يكن الأب قبل وفاته قد اختار وصيا على ولده القاصر، أو كان الأب قد اختار وصيا ولكن المحكمة رفضت تثبيته لعدم توافر الشروط وفى كل الحالات لا يجوز للولى،أخذا من المادة ٢ من قانون الولاية على المال مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو(١) ونرى أن هذا النص فضله وزائده،لا فائدة منها فنظام الولاية على المال قام فى الأصل ليسمح بقيام اشخاص ينوبون عن ناقصي وعديمي الأهلية ومن فى حكمهم فى مباشرة التصرفات القانونية، ومن البديهى ان يكون هؤلاء الاشخاص كاملى الاهلية فيما يباشرونه بالنيابة عن غيرهم.

والاصل ان الولاية للأب أو الجد الصحيح على أموال القاصر ومع هذا فقد استثنى المشرع من ذلك ما يتبرع به للقاصر من أموال اذا اشترط المتبرع إخراج هذه الأموال من ولاية الولي وعندئذ تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذا المال وإدارته لحساب الصغير(٢)

والثابت أن وظيفة الولى تنحصر فى رعاية أموال القاصر، وإدارتها والتصرف فيها على النحو المحدد قانونا.

فإذا كان التصرف نافعا نفعا محضا للقاصر، فإن للولي سلطة

---

(١) فإذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق معين، فإن المحكمة تعين وصيا خاصا تتحدد مهمته بمباشرة هذا الحق نيابة عن القاصر.

(٢) المادة٣١ من قانون الولاية على المال.

مباشرته ولكن لا يجوز له قبول هبة او وصية للصغير محملة بالتزامات معينة الا بإذن المحكمة إعمالا لنص المادة ١٢ من قانون الولاية على المال.

أما التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يجوز للولي مباشرتها، ويتساوى فى ذلك الأب مع الجد الصحيح.

وفيما يتعلق بالتصرفات التى تدور بين النفع والضرر، فإن أحكامها تتلخص فيما يلى:

ما يتعلق بأعمال الادارة يتساوى الأب والجد الصحيح فى سلطة مباشرتها، ومع ذلك لا يجوز لأى منهما بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة(١) ولا الاستمرار فى تجارة آلت الى القاصر إلا بإذن المحكمة وفى حدود هذا الإذن.

وفيما يتعلق بأعمال التصرف، فيختلف بصددها ولاية الأب عن الجد الصحيح حيث أن سلطات الأول أوسع نطاقا وأبعد مدى اذ يكون له ولاية التصرف فى أموال القاصر، ولا يستثنى من ذلك الا بعض أعمال التصرف المحددة قانونا على سبيل الحصر وهى التصرف فى العقار أو المحل التجارى، أو الأوراق المالية التى تزيد قيمتها على ٣٠٠ جنيه الخ.

(١) المادة ١٠ من قانون الولاية على المال.
(٢) المادة ١١ من قانون الولاية على المال.

اما الجد، فهو على خلاف الأب ليست له ولاية التصرف فى أموال القاصر، بصفة عامه إلا بإذن المحكمة م ١١ من قرانون الولاية على المال.

ويبين من النص أن المشرع يمنح الأب ثقة، وسلطات أكبر من الجد، ، وهو فى هذا يفترض ان الاب أكثر شفقة علي الصغير، ويقطع بذلك ما يلى:

- ان المشرع يجيز للأب وحده استثناءاً يون الجد، ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، الا اذا نص القانون على غير ذلك - م ١٤ من قانون الولاية على المال.

- ان المشرع قد نص على أن الأب لا يسأل فى مباشرة أعمال الولاية الا عن خطئه الجسيم، بعكس الجد الذى يسأل مسئولية الوصى، أى حتى ولو ارتكب خطأ يسيرا.

واجمالا لما تقدم فان سلطات الاب اوسع نطاقا من سلطات الجد الصحيح فى أعمال الولاية على المال. وأن نطاق التصرفات التى يعوزه فيها إذن المحكمة اضيق من الجد الصحيح، كما ان مسئولية هذا الأخير اشد جسامة من مسئولية الأب.

-وقف الولاية،وسلبها، وانقضاؤها

١٠٠- الواقع ان الولاية تستمر ما دام المولى عليه قاصرا، بل انها تستمر الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد اذا حكمت المحكمة باستمرار الولاية عليه لعارض من عوارض الأهلية.

وتنتهى الولاية بوفاة القائم بها او ببلوغ الصغير سن الرشد رشيدا اى مكتمل الادراك والتمييز.

ويجوز للمحكمة ان تحكم بسلب الولاية الكآمل او بالحد منها اذا اصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأسباب أخرى(١). ورد النص عليهات بقانون الولاية على المال.

وتحكم المحكمة بوقف الولاية إذا كان الولى غائبا او اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية او بالحبس مدة تزيد على سنة(٢)

وأخذا من نص المادة التاسعة من القانون رقم١/٢٠٠٠ فإن المحكمة الجزئية هى المختصة بنظر المسائل المتعلقة باستمرار الولاية الى ما بعد سن الحادية والعشرين وإعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وطلب تنحى الولي عن ولايته واستردادها شريطة ان يكون المال المطلوب حمايته لا يتجاوز قيته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية والا انعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها موطن الولى أو القاصر.

---

(١) المادة١٨ من قانون الولاية على المال.
(٢) المادة٢١ من قانون الولاية على المال.

٢ - ولاية الوصي

١٨١ - الوصي هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له الولاية على مال الصغير القاصر سواء في ذلك الوصي المختار أو الوصي بالتعيين.

وقد ذكرنا آنفاً ان الوصى المختار أي الذى يختاره الأب يأتي فى ترتيب الولاية فى الاسبقية عن الجد الصحيح فإذا لم يكن الأب قد اختار وصيا فإن الولاية تؤول الى الجد، فإن لم يوجد تكون الولاية لم تعينه المحكمة وصيا.

وإذا كان الولى تثبت له الولاية بقوة القانون فإن الوصى لا تثبت له الولاية الا بقرار تعيين من المحكمة.

اما الوصي المختار، الذي يوصى به الاب لابنه القاصر او يختاره للحمل المستكن فيشترط ان يثبت الاختيار بورقة رسمية او عرفية مصدق على توقيع الاب فيها او مكتوبة بخطه وموقعه بإمضاءه ويجوز للأب في أي وقت أن يعدل عن اختياره(١)

وجدير بالذكر أن الوصي، كالولي، له ولاية عامة على كل اموال القاصر، ومع ذلك يمكن للمحكمة ان تقيم (الى جوار الولي او الوصي) العام، وصيا خاصا على بعض اموال القاصر بالذات حيث تستلزم الضرورة ذلك ومنها مثلا:

(١) المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال فى فقرتيها الثانية والثالثة، انظر: حسن كيره، المرجع السابق، ص ٦٠٤ والشيخ عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية خاصة ص ٢٦٨ وما بعدها.

- ان يكون القاصر طرفا فى خصومة أو منازعة حينئذ يتم تعيين وصى خصومة خاص، تأكيدا لرعاية مصلحة القاصر وحماية له من الغبن على أنه ينبغي ان يكون واضحا او ولاية الوصى الخاص مؤقته تنتهى بانتهاء حالة الضرورة التى اقتضت تعيينه.

وإنما يثور التساول عن واجبات وسلطات الوصى، مقارنة بواجبات ولسطات الولى؟ وكيفية انتهاء الوصاية؟

والإجابة عن السؤال المذكور نوضحها على النحو التالى:

١ - واجبات ، وسلطات الوصى:

١٠٢- اولى واجبات الوصى سواء كان مختارا او معينا بأجر أو بدون أجر هو تسلم أموال القاصر، وقيامه برعايتها وحمايتها وعلى الوصى أن يبذل فى ذلك العناية التى يبذلها الشخص المعتاد، والا كان مقصراً فى أعمال الوصاية.

وعلى الوصى ان يعرض على المحكمة وفى الوقت الملائم ما يرفع على القاصر على أمواله من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وان يتبع فى شأنه ما تأمر به المحكمة(١)

---

(١) المادة٤٢ من قانون الولاية على المال.

وإذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه فعلى الوصى تقديم حساب سنوي قبل اول يناير من كل عام مؤيدا بالمستندات عن إدارته لها، وعليه هذا الواجب حتي ولو كانت أموال القاصر اقل من خمسمائة جنيه اذا طلبت المحكمة ذلك.

وأخيرا يجوز للمحكمة ان تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها ضمانا لأموال القاصر وهى تحت يد الوصى(١).

وفيما يتعلق بسلطات الوصى، فهى بداية أضيق نطاقا من سلطات الولى.

وتفسير ذلك ان الوصى يتساوي مع الاب والجد فى شأن التصرفات النافعة نفعا محضا والضارة ضررا محضا ولكن الوصى يختلف عن الولى الأب والجد الصحيح فيما يتعلق بالتصرفات التي تدور بين النفع والضرر فهو كمبدأ عام لا يملك مباشرة هذه التصرفات سواد ما تعلق منها بأعمال الإدارة او اعمال التصرف الا بإذن المحكمة(٢).

---

(١) المادة٣٧ ـ

(٩٢ وقد ذكرت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال التصرفات التي لا يجوز للوصى مباشرتها الا بإذن المحكمة منها:

١ – جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقلة او تغييره او زواله وكذلك التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

٢ – التصرف فى المنقولات او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية، فيما عدا ما يدخل فى أعمال الادارة.

٣ – الصلح أو التحكيم، إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الادارة.

ومع ذلك يجوز له استثناءا مباشرة بعض أعمال الادارة ضئيلة القيمة دون إذن المحكمة، ومنها مثلا، إيجار عقار للقاصر لمدة تقل عن ثلاث سنوات، أو الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه... إلخ.

ويبين مما تقدم أن المشرع أخضع الوصى لرقابة دقيقة من جانب المحكمة بل ان المشرع في سبيل إحكام الرقابة علي الوصى جعل للمحكمة سلطة تعيين مشرف يراقب الوصى فى أداء واجباته.

والمشرف شخص تعينه المحكمة الى جانب الوصى المختار او المعين كذلك الى جانب القيم والوكيل عن الغائب فى إدارة شئون القاصر أو المحجور عليه أو الغائب - المادة ٨٠.

ويراقب المشرف الوصى وعليه ابلاغ المحكمة او النيابة عن كل امر تقتضى المصلحة رفعه إليهما.

٢ - انتهاء الوصاية:

١٠٣- تنتهى الوصاية العامة بانتهاء سبب قيامها اى ببلوغ القاصر الخاضع لها سن الرشد رشيدا.

أما الوصاية الخاصة، فهى مؤقتة تنتهى بإنتهاء العمل المخول الى الوصى الخاص او بانتهاء المدة المحددة لها.

كما تنتهى الوصاية بصورة طبيعية بموت القاصر.

ومع ذلك قد تنتهى الوصاية بصورة غير طبيعية باستقالة الوصى

وقبولها او عزله بقرار من المحكمة اذا تبين عدم صلاحيته أو أساء إدارة الأموال تحت يده(١) أو أصبح خطرا على القاصر وأمواله. كما تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض التى تعدم أهلية الوصى أو تنتقص منها.

فإذا انتهت الوصاية لأى من الاسباب السابقة، فيجب علي الوصى فى خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها ان يسلم الأموال التي فى عهدته بمحضر رسمى، وان يودع قلم الكتاب صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال.

ثانياً : الولاية على مال المحجور عليهم

١٠٤- تنص المادة ١١٣ مدنى على أن المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون واعمالا لهذا النص ألقت المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على عاتق المحكمة تعيين قيم لادارة اموال المحجور عليهم.

والقيم هو الشخص الذى تعينه المحكمة لتولي شئون من تحجر عليه بعد بلوغه سن الرشد لعارض من عوارض الأهلية .

والقيم كالوصى، له سلطة مباشرة الأعمال نيابة عن المحجور عليه ولا يجوز له التبرع بماله الا ان يكون ذلك أداء لواجب إنسانى أو عائلى(١)

ويتقيد القيم فى التصرفات التى تدور بين النفع والضرر بما يتقيد به الوصى من ضرورة الحصول على إذن المحكمة.

---

(١) المادة ٧٨ من قانون الولاية على المال.

فالقيم يخضع لنفس ما يخضع له الوصى من قواعد فيما يتعلق بواجباته، وسلطاته، والرقابة عليه وانتهاء ولايته(١) ولا نرى ما يدعو الى تكرار هذه المسائل ويبقي ان نوضح فقط بان المحكمة الجزئية هى المختصة بنظر المسائل المتعلقة باستمرار الولاية الى ما بعد سن الحادية والعشرين، والاذن للقاصر بتسلم أمواله لادارتها وفقا لأحكام القانون والاذن له بمزاولة التجارة واجراء التصرفات التي يلزم للقيام بها الحصول على إذن، وسلب أيٍ من هذه الحقوق او وقفها او الحد منها متى كان المال المطلوب حمايته لا تتجاز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية.

ثالثاً : الولاية على مال ذوى موانع الأهلية:

١٠٥- موانع الأهلية فيما قدمنا هى الغيبة، والعاهة المزدوجة، والعجز، والحكم بعقوبة جنائية.

وقد نظم المشرع بنصوص صريحة من يقوم بالولاية على مال هؤلاء الاشخاص وهم الوكيل عن الغائب، والقيم على المحجور عليه، والمساعد القضائى وقد سبق بيان هذه المسائل.

---

(١) ويكون ترتيب أصحاب الحق فى القوامه على النحو التالي: الابن البالغ، ثم الاب، ثم الجد، ثم لمن تختاره المحكمة المادة٦٨ من قانون الولايةعلى المال - وعلى عكس الوصى. فإنه لا يحول الحكم بافلاس الابن او الاب او الجد او الحكم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالشرف او الامانة دون تعيينه إذا رأت المحكمة المادة ٦٩ من قانون الولاية على المال.

المبحث الثانى

الشخص الاعتبارى

تمهيدوتقسيم:

١٠٦- إن التطور الذى مرت به الحضارة المعاصرة تحتم الاعتراف بالشخصية القانونية لغير الانسان فهناك العديد من الاعمال الضخمة والمشروعات الصناعية او التجارية الكبرى يعجز مجهود الفرد وحده عن القيام بها، كما ان حياة الانسان القصيرة لا تكفي لتحقيق أهدافه لذا كان حتميا تجميع جهود الافراد فى جماعات وضم رؤوس الاموال الى بعضها فيصورة جمعيات مؤسسات أو شركات يعترف لها بالشخصية القانونية بصفة مستقلة عن شخصية الافراد المكونين لها، وبالتالى فانقضاء حياة كل او بعض هؤلاء الافراد لا يؤثر على الشخصية القانونية المعترف بها للشخص الاعتبارى نفسه.

وهذا يتحقق ايضا فى تخصيص أموال معينة لأغراض معينة فقد يرى أحد الصالحين ضرورة إنشاء مشروع خيرى، ملجأ أو مستشفى فيخصص لهذا الغرض أموالا معينة يعترف لها بالشخصية القانونية والتى تستقل عن شخصية المؤسس لها وتظل قائمة رغم انقضاء حياة مؤسساتها. ومجموع الاموال فى هذه الحالة يطلق عليها مؤسسات فإذا قلنا ان للشخص الاعتبارى جمعية - شركة - مؤسسة شخصية مستقلة عن شخصية المكونين له يلزم الاعتراف لهذا الشخص الاعتبارى بأهليته

لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ويكون له جنسية معينة، واسم وموطن.

ومما تقدم نستطيع تعريف الشخص الاعتبارى بأنه مجموعة من الاشخاص «جمعيات - شركات» أو الاموال الموسسات التي تقوم لتحقيق هدف يستقل عن الاهداف الخاصة للأفراد المكونين له ويمنحه القانون شخصية قانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذه الاهداف.

١٠٧- وعليه، لا يقوم الشخص الاعتبارى الا اذا توفرت له العناصر الآتية:

أ - مجموعة من الأشخاص، او الأموال تستقل فى وجودها عن حياة الافراد المكونين لها كما هو الحال فى الجمعيات والشركات فيما عدا شركات الاشخاص التي تقوم على إعتبارات شخصية وتندمج فيها حياة الشريك بحياة الشركة. وقد يكون الشخص الاعتبارى مجموعة من الأموال كما هو الحال فى تخصيص الأموال لمشروع خيرى ويطلق عليها المؤسسات.

ب - الشخص الاعتبارى يقوم لتحقيق هدف معين مستقل عن الأهداف الخاصة للمكونين لها هذا الهدف قد يكن هدفا عاما ويعد الشخص الاعتبارى فى هذه الحالة شخصا من أشخاص القانون العام. وقد يكون الهدف الذى يسعى اليه الشخص الاعتبارى خاصا اى يحقق مصلحة خاصة لجماعة معينة ويطلق عليه فى فى هذه الحالة شخصا من

اشخاص القانون الخاص والهدف الخاص يكون ماديا أو تجاريا كما هو الشأن النسبة للشركات وقد يكون هدفا انسانيا كما هو الحال فى المؤسسات، ملجأ ،مستشفى.. إلخ.

ج - ان الشخص الاعتبارى يتمتع بالشخصية القانونية فى حدود الهدف القائم على تحقيقه فلا يجوز للمؤسسات مثلاً القيام بالمضاربات ولا يجوز للجمعيات القيام بالنشاط التجارى ، وهكذا.

وإجمالا لما تقدم فإن ان المشرع قد اعترف بوجود شخصية قانونية لغير الانسان لإعتبارات عملية، ومع ذلك فإن هذه الشخصية القانونية محددة بحدود الهدف من الشخص الاعتبارى نفسه.

١٠٨- وسوف نتناول بداية نظرية الشخص الاعتباريفى مطلب أول ثم نعرض لأنواع الأشخاص الاعتبارية فى مطلب ثان.

المطلب الأول

نظرية الشخص الاعتبارى

تقسيم:

١٠٩ - نوزع دراستنا فى نظرية الشخص الاعتبارى على المسائل الآتية:

- بدء الشخصية الاعتبارية ثم نهايتها.

- مميزات الشخصية الاعتبارية من حيث الاسم والموطن والحاله، والأهلية.

أولاً: بدء الشخصية الاعتبارية ونهايتها

١-بدء الشخصية الاعتبارية:

١١٠- الثابت أن ان الشخصية الاعتبارية لا تبدأ الا باعتراف القانون بها وحتى يعترف القانون بوجود شخص اعتبارى معين يلزم توافر مجموعة من الشروط هى":

أ - وجود عمل إرادى «عقد او ارادة منفردة» يقوم به أشخاص طبيعيون.

ب - أن يرمى اعمل الارادى إلى غاية أو هدف مشروع وهذا الهدف قد يكون هدفا ماديا، كما هو الحال فى الشركات وقد يكون هدفا انسانيا أو اجتماعياً أو ثقافياً.. كما فى المؤسسات والجمعيات. وفى كل الحالات

فإن الهدف يرمى إليه الشخص الاعتبارى يجب ان يكون مستقلا عن الاهداف التى يسعى اليها الأشخاص المكونين للشخص الاعتبارى.

ج - وأخيرا، يلزم وجود شكل من اشكال التنظيم يكفل تحقيق هذه أداف الشخص الاعتبارى.

فإذا توافرت هذه الشروط كان الشخص الاعتبارى قائما من حيث الواقع لا من حيث القانون.

وحتى يكون للشخص الاعتبارى شخصية قانونية يلزم تدخل السلطات المختصة لإقرار هذا الشخص الاعتبارى إذ لا يكفى توافر الشروط السابقة لاكتساب الشخص الاعتبارى الشخصية القانونية، بل يلزم تدخل المشرع لإضفاء الصفة الاعتبارية على التنظيم القائم عن طريق الاعتراف وهذا الاعتراف قد يكون اعترافا عاما، عندما تضع الدولة شروطا عامة اذا توافرت فى جماعات الاشخاص، أو الأموال قامت لها الشخصية الاعتبارية بصور تلقائية دون حاجة الى تدخل لاحق من الدولة ويطلق البعض من الفقهاء على هذا النوع من الاعتراف الاعتراف الغير مباشر(١).

والاعتراف قد يكون خاصا وهو على عكس الاعتراف العام يلزم فيه تدخل الدولة بالترخيص فى قيام كل شخص اعتبارى على حده فيما يسمى الاعتراف المباشر أو نظام الترخيص.

---

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٧٥١ بند ٤٣٥.

ومن أمثلة الاعتراف العام فى مصر الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للأشخاص المحلية مثل المحافظات، والمدن.، والقرى.

ومن أمثلة الاعتراف الخاص فى مصر، ما يتعلق بالمنشآت العامة(١)

٢ - إنتهاء الشخصية الاعتبارية:

١١١ - قدمنا بأن الاعتبارات العملية تستتبع بالضرورة وجود اشخاص اعتبارية مستقلة عن الشخصية القانونية للأفراد المكونين لها بحيث تستمر فى ممارسة نشاطها حتى بعد انقضاء حياة هؤلاء الافراد وبالتالى فإن الشخص الاعتبارى يستمر فى العمل عادة مدة طويلة، ومع ذلك فإن شأنه فى ذلك شأن الشخص الطبيعى مآله الفناء وتتمثل اسباب انقضاء الشخص الاعتبارى فيما يلى:

١ - انتهاء الأجل أو المدة المحددة فى السند المنشئ للشخص الاعتبارى. فقد يتحدد أجل معين ينتهى بانتهائه الشخص الاعتبارى.

٢ - كما تنقضى الشخصية الاعتبارية بانقضاء الغرض الذى قامت من أجله.

٣ - كما تنتهى الشخصية الاعتبارية بالحل الاختيارى أى بإرادة الأفراد المكونين له او بالحل الاجبارى عن طريق القضاء.

---

(١) انظر: اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٨، وانظر بصفة خاصة المادة٥٢ من القانون المدنى المصرى وما ورد ذكره فى هذه المادة يعتبر شخصا اعتباريا استوفى الشروط اللازمة لتكوينه وما لم يرد ذكره لايكتسب الشخصية القانونية الا بالاعتراف الخاص.

٤ - كما تنتهى الشخصية الاعتبارية لمخالفة شروط الترخيص او الاعتراف

وعلى أية حال فإن انتهاء الشخصية الاعتبارية يعنى تصفية ذمته المالية وتسدد ديونه من أمواله ويوزع الباقى وفقا للاتفاق او وفقاً لما يقضى به قرار الحل.

ثانياً : مميزات الشخص الاعتبارى:

١١٢- الشخص الاعتبارى يكون له بمجرد إنشائه أهلية اكتساب الحقوق، والتحمل بالالتزامات كما يكون له اسماً معينا وموطن وحالة شأنه فى ذلك شأن الشخص الطبيعى اذا وضعنا فى الاعتبار الفرق فى التكوين والطبيعة لكل منهما.

وفيما يلى نتناول بإيجاز الاسم والموطن، وحالة الشخص الاعتبارى.

١ - الاسم:

- ١١٣- الشخص الاعتبارى كالشخص الطبيعى يتميز باسم معين يميزه عن غيره من الاشخاص الاعتبارية ،هذا الاسم عادة يشتق من الغرض، أو الهدف من إنشاء الشخص الاعتبارى مثل شركة الغزل والنسيج او جمعية البر والتقوى أو مستشفى المواساة... الخ

وقد يكون اسم الشخص الاعتبارى تجاريا، وبالتالى يصح التعامل فيه او النزول عن شأنه شأن الحقوق المالية كما هو الحال فى الشركات التجارية اما الجمعيات والمؤسسات فهى لا تسعى الى أهداف تجارية وبالتالى لا يكون لها اسما تجاريا.

٢ - الموطن :

١١٤- الشخص الاعتبارى له موطن مستقل عن موطن الاشخاص المكونين له هذا الموطن يخاطب فيه الشخص الاعتبارى قانونا، من حيث الدعاوى التي يرفعها او الدعاوى التى ترفع عليه أو غير ذلك.

وموطن الشخص الاعتبارى هو المكان الذى يوجد فيه مركز إدراته الرئيسى الفعلى أى مركز النشاط القانوني والمالى والادارى الذى توجد فيه الهيئة الرئيسية للشخص الاعتبارى.

أما بالنسبة للشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر فقد قرر المشرع بالمادة ٥٣ مدنى أن مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلى هو المكان الذى توجد فيه إدارتها المحلية.

كما قرر المشرع انه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التى تباشر نشاطها في أماكن مختلفة يجوز اعتبار المكان الذى يوجد فيه الفرع موطنا خاصا بكل الأعمال التى تتعلق بهذا الفرع.

ويكون الاختصاص القضائى للمحكمة الواقع فى دائرتها هذا الفرع أو للمحكمة التى يوجد فى دائرتها مركز الادارة الرئيسى.

٣ - الحالة :

١١٥- تختلف حالة الشخص الاعتبارى عن الشخص الطبيعى، فهذا الأخير له حالة عائلية كما ان له حالة دينية على ما سبق بيانه أما الشخص

الاعتبارى فليس له حالة اسرية أو حالة دينية وبذا يكون المقصود بالحالة بالنسبة للشخص الاعتبارى هو الجنسية.

فالشخص الاعتبارى يلزم له رابطة تبعية بينه وبين دولة معينة يخضع لقوانينها ويكتسب حقوقها وهذه الجنسية مستقلة عن جنسية الاشخاص المكونين للشخص الاعتبارى.

وقد قرر المشرع المصرى أن القانون الواجب التطبيق على الاشخاص الاعتبارية الأجنبية هو قانون الدولة التى إتخذ فيها الشخص مركز إدارته الرئيسى الفعلي «المادة ١١/٣ مدنى».

ومع هذا فإن صياغة النص غير دقيقة فهى لا تتحدث عن الجنسية وانما عن القانون الواجب التطبيق على الاشخاص الاعتبارية الأجنبية اما تحديد صفة الشخص الاعتبارى من حيث كونه وطنيا أو أجنبياً فتخضع لقواعد خاصة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية المختلفة، بما فى ذلك مثلاً ان الجمعية او المؤسسة تعتبر مصرية اذا أنشأت طبقا للقانون المصرى، واتخذت مركزها فى مصر.

ثالثاً: أهلية الشخص الاعتبارى:

١١٦- تنقسم الاهلية، على ما ذكرنا الى أهلية وجوب وأهلية أداء:

١ - أما بالنسبة لأهلية الوجوب فإن المادة١٥٣/١ مدنى تنص على أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية فنطاق أهلية الوجوب على ما يبين من النص يتحدد بالنسبة للشخص الاعتبارى بحسب طبيعته وبحسب الغرض من إنشائه.

فكل ما يعد ملازما لصفة الانسان الطبيعية من حقوق لا يثبت للشخص الاعتبارى وهو أمر بديهى، فلا يتصور مثلا ان يكون للشخص الاعتبارى حق من حقوق الاسرة، او الحق فى الحماية الجسدية ولا سائر الحقوق اللصيقة بالكيان المادى للإنسان.

كما ان نطاق أهلية الوجوب يتحدد بالغرض من الشخص الاعتبارى وعليه ورد نص المادة ٥٣ فى فقرتها الثانية على أن الشخص الاعتبارى له

أهلية فى الحدود التى يبينها سند إنشائه، أو التى يقررها القانون، وهذا ما يطلق عليه مبدأ التخصص ومعناه انه اذا قامت شركة ما لغرض معين لا يجوز أن تتعداه لأغراض أخرى.

كما أن القانون نفسه هو الذي يحدد للشخص الاعتبارى هدفه من ذلك مثلا ان الجمعيات لايجوز لها القيام بأعمال تجارية والا تعرضت لجزاء معين.

ب - وفيما يتعلق بأهلية الأداء: فقد أوضحنا انفا ان مناط أهلية الأداء هو الارادة أو التمييز وهذا لا يتوافر فى الشخص الاعتبارى وبالتالى كان لازما ان يقوم اشخاص طبيعيون بمباشرة النشاط القانونى لحساب الشخص الاعتبارى.

والمشرع المصرى يقرر أن يكون للشخص الاعتبارى نائبا يعبرت عن ارادته وهذا النائب قد يكون شخصا واحدا او مجموعة لا يندمج فى نشاط الشخص الاعتبارى نفسه.

١١٧- وبهذا نكون قد تكلمنا بإيجاز عن النظرية العامة للشخص الاعتبارى من حيث تعريفه وبدء وإنتهاء الشخصية الاعتبارية ثم مميزات الشخص الاعتبارى وأهليته.

ونعرض فيما يلى لأنواع الاشخاص الاعتبارية.

المطلب الثاني

أنواع الأشخاص الأعتبارية

تحديد نطاق الدراسة:

١١٨- تنقسم الاشخاص الاعتبارية أولا إلى أشخاص اعتبارية عامة واشخاص اعتبارية خاصة وعلى رأس الأشخاص الاعتبارية العامة توجد الدولة والمحافظات والمدن والقرى، ويوجد ايضا المنشآت العامة وهى المصالح العامة التى تنشئها الدولة وتمنحها شخصية مستقلة لتقوم بأحد المرافق العامة(١) مثل الجامعات وغيرها وهذه المنشآت تقوم بوظيفة المرفق العام ولاتندمج فى الدولة لأن القانون يمنحها شخصية مستقلة وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فنحن نجد الاشركات، مجموعات الاموال، المؤسسات.... الخ.

ولا يوجد معيار ثابت للتفرقة بين اشخاص القانون العام وبين اشخاص القانون الخاص.

١١٩- وعلي أية حال فإن الاشخاص الاعتبارية العامة تخرج عن مجال دراستنا وتدخل فى دراسات القانون الادارى.

وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فنرى أن مجال دراسة الشركات فى القانون التجارى فإذا استبعدنا من دراستنا الاشخاص الاعتبارية العامة، والشركات، فيبقى ان نتناول الجمعيات ، والمؤسسات على النحو التالى:

(١) انظر : توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٧٧٤ وما بعدها.

الفرع الأول : الجمعيات

تقسيم:

١٢٠- نوع دراستنا عن الجمعيات فى تعريفها، ثم متى تبدأ الشخصية الاعتبارية للجمعية، والأهلية الخاصة بالجمعية ثم الهيئات التى تباشر نشاط الجمعية، وأخيرا، متى تنقضي الشخصية الاعتبارية للجمعية.

أ - تعريف الجمعية:

١٢١- أخذا من نص المادة الأولى من قانون الجمعيات رقم ٢٠٠٢/٨٤(١) فإن الجمعية جماعة من الاشخاص طبيعيين أو اعتباريين أو منهما معاً ذات تنظيم مستمر محددة، أوغير محددة تقوم لغرض غير تجارى أو مالى ومن هذا التعريف نستطيع ان نميز خصائص الجمعية فيما يلى:

أولاً : انها جماعة من الاشخاص، وكما قلنا يمكن ان يكونوا اشخاصا طبيعيين او اشخاصا اعتباريين. ولكن المشرع المصرى يشترط فى الاشخاص الطبيعيين الا يقل عددهم عن عشرة اشخاص.

ثانياً : ان الجمعية تنظيم مستمر او دائم أى يكون هذا التنظيم له طابع الاستقرار وقد تكون مدة هذا التنظيم محددة وقد كون غير محددة والمهم ان يكون له طابع الاستمرار والدوام.

---

(١) منشور بالجريدة الرسمية عدد ٢٢ مكرراً فى ٢٠٠٢/٦/٥

ثالثاً : ينبغى أن يكون للجمعية أغراض غير الحصول على ربح مادى فإذا تكونت الجمعية لأهداف الربح أو التجارة سميت شركة وليست جمعية.

إذن فالعنصر المميز للجمعية عن الشركة ان الأولى تعكس الثانية لا تسعى للحصول على أرباح.

كذا يشترط القانون ان يكون هدف الجمعية مشروعا وإلا كانت باطلة فإذا كان الهدف غير تجارى ومشروع فلا يهم بعد ذلك اذا كانت الجمعية جمعية خيرية أو علمية أو ثقافية او تقوم للدفاع عن مصالح جماعة معينة مثل نقابات الاطباء أو المحاماة..... الخ.

والجدير بالذكر ان الجمعيات فى مصر ينظمها القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٤ الذى حل محل قانون الجمعيات الصادر عام ١٩٥٦ وقد ألغى القانون الصادر فى عام ١٩٦٤ وصدر بدلا منه القانون الاخر رقم ١٩٩٩/١٥٣ الذى طعن فيه بعدم الدستورية، وصدر لذلك قانون الجمعيات الجديد ٢٠٠٢ الذى تعرض لانتقادات عدة(١).

ب - بدء شخصية الجمعية:

١٢٢- إذا توافرت الشروط السابقة فإن الجمعية تنشأ فى الواقع اى أن بدء الشخصية الاعتبارية للجمعية يتحقق بمجرد توافر الشروط السابق ذكرها، مع ذلك فإن الجمعية لا تنشأ فى القانون الا إذا وجد لها نظام

(١) لا نرى تفصيلها فى دراسة تنحو الى المبادئ والكليات بقدر ما تنأى عن التفصيلات والتفريعات.

مكتوب، موقع عليه من المؤسسين لها ويجب ان يشتمل هذا النظام المكتوب على البيانات الآتية:

اسم الجمعية ، والغرض منها.، ومركز إدارتها، وأسماء الاعضاء المؤسسين، وموارد الجمعية.، وكيفية التصرف فيها، والاجهزة التى تمثل الجمعية، واختصاصات كل جهاز ، وحقوق الاعضاء وكل وتجباتهم، ونظام المراقبة المالية، وكيفية تعديل نظام الجمعية وفروعها، وأخيرا قواعد حل الجمعية، والجهة التى تؤول اليها أموالها.

ومع توافر هذه الشروط ، ووجود نظام مكتوب فإن القانون لا يمنح الجمعية الشخصية الاعتبارية الا اذا أشهر نظام الجمعية عن طريق القيد فى السجل المعد لذلك وبنشر ملخص القيد فى الجريدة الرسمية.

ج- أهلية الجمعية ونطاقها:

١٢٣- سبق أن ذكرنا ان أهلية الوجوب بالنسبة للشخص الاعتبارى بوجه عام تتحدد بمحددات طبيعية هى الفرق بين الاشخاص الطبيعيين والاشخاص الاعتباريين ومحددات ترجع إلى الأغراض التي يسعى اليها الشخص الاعتبارى وهذا ما يطلق عليه «مبدأ التخصص».

وبالتالي فإن أهلية وجوب الجمعية تتقيد بالقيود الاتية:

١ - أنها شخص اعتبارى وليس شخصا طبيعيا، كما أنها تتقيد بمبدأ التخصص وبالتالى لا يجوز للجمعية ان تتجاوز فى نشاطها الغرض الذى أنشئت من أجله.، وقد أوضحنا ان الجمعيات تقوم لأغراض غير

تجارية وبالتالى يجب على الجمعية ان تنفق أموالها فيما يحقق هذه الاغراض.

ومع أن المشرع يحدد أهلية وجود الجمعية بالأغراض «غير التجارية» الا انه قد اباح لها ان تستغل فائض ايراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب، على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها وهذا الاستثناء قصد منه المحافظة على مورد مالى للجمعية تنفق منه على أغراضها غير التجارية.

هذا وقد نص قانون الجمعيات على أنه لا يجوز للجمعيات الدخول فى مضاربات مالية.

٢ - وبالاضافة الى القيود التى وضعها المشرع على الجمعية باعتبارها مجرد شخص اعتبارى لا طبيعى والقيود التى ترجع الى مبدأ التخصص فإن الجمعيات تخضع لقيود أخرى أهمها: انه لا يجوز ان تكون للجمعية حقوق ملكية او أية حقوق أخرى على عقارات الا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله.

ومع ذلك ، فإن المشرع يستثنى من تطبيق هذا النص:

أ - الجمعيات التي تعمل في ميدان الرعاية الاجتماعية.

ب - الجمعيات الثقافية.

ج - الجمعيات ذات الصفة العامة.

فأباح لها تملك الأموال والعقارات.

- هيئات مباشرة نشاط الجمعية :

١٢٤- الجمعية تباشر نشاطها عن طريق هيئات معينة وهذه الهيئات هى مجلس الادارة والجمعية العمومية.

ومجلس الادارة يشترط الا يقل عدد أعضائه عن خمسة ولا يزيد عن خمسة عشر، ومدة العضوية لا يمكن ان تزيد عن خمس سنوات متتالية.

وقد ترك مشرع طرق اختيار الأعضاء وانتهاء عضويتهم لنظام الجمعية.

ومجلس الإدارة هو الذى يتولى شئون الجمعية وينعقد مدة كل شهر للنظر فى هذه الشئون.

ومجلس الادارة له ان يعين مديرا من بين أعضائه أو من غير هؤلاء الاعضاء يفوضه فى أى شأن من الشئون الداخلية فى إختصاصه.

اما الجمعية العمومية فهى تتكون من جميع الاعضاء العاملين الذين أوفوا الالتزامات المفروضة عليهم وفقا لنظام الجمعية بشرط ان يكون قد مضى على عضويتهم مدة ستة أشهر على الاقل.

وتنعقد الجمعية العمومية - على خلاف مجلس الادارة - مرة كل سنة خلال الثلاثة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية، للنظر فى الميزانية والحساب الختامى.

ومع ذلك يجوز دعوة الجمية العمومية لاجتماعات غيرا عادية كلما اقتضت المصلحة ذلك.

ودعوة الجمعية العمومية تكون لمجلس الادارة ومع ذلك فانه يجوز لربع اعضاء الجمعية أو لمائتى عضو أيهما أقل ان يطلبوا الى مجلس الادارة كتابة دعوة الجمعية العمومية للانعقاد.

كما يجوز للجهة الادارية المختصة ان تدعو الجمعية العمومية للانعقاد.

وقرارات الجمعية العمومية تصدر بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين ويمكن لنظام الجمعية ان يأتى بقواعد مخالفة لذلك.

ولاتكون قرارات الجمعية العمومية صحيحة الااذا صرت فى المسائل المبينة فى جدول الأعمال المرفق، مع دعوة الجمعية للانعقاد.

ولا يجوز لعضو الجمعية العمومية الاشتراك فى التصويت اذا كان موضوع القرار يمس مصلحة شخصية له.

والرقابة على نشاط الجمعية تتولاها الجهة الادارية المختصة عن طريق المفتشون الذين تعينهم هذه الجهة الادارية.

هـ-انقضاء الجمعية وتصفيتها:

١٢٥- الواقع ان الجمعية تظل ومباشرة نشاطها من تاريخ نشأتها حتى صدور قرار بالحل، وحل الجمعية إما أن يكون اختياريا وإما أن يكون إجباريا.

والحل الاختياري هو الذى تقرره الجمعية العمومية لأعضاء الجمعية ويلزم لصدور قرار الحل أغلبية خاصة هى ثلثى أعضاء الجمعية العمومية جميعهم ما لم يقرر نظام الجمعية أغلبية أكثر من ذلك أى أن نظام الجمعية لا يجوز ان ينص على أغلبية أقل من ثلثى الأعضاء جميعهم.

والحل الاجباري يكون عن طريق الادارة ويتم ذلك بقرار من وزير الشئون الاجتماعية، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص فى حالات بينها القانون،هذا ويجوز الطعن فى قرار الحل امام القضاء الادارى.

فإذا ما حلت الجمعية سواء «إختياريا او اجباريا فإنه ينبغى تصفية اموال الجمعية.

ويمكن للشخصية الاعتبارية للجمعية ان تمتد بالقدر اللازم لتصفية اموال الجمعية.

الفرع الثانى : المؤسسات الخاصة

تقسيم:

١٢٦- نتكلم بداية فى تعريف المؤسسة الخاصة ثم بدء شخصية المؤسسة الخاصة وأهلية الوجوب لهذه المؤسسة، وأخيرا نتكلم فى إنقضاء المؤسسة وتصفيتها وذلك على النحو التالى:

١ - تعريف المؤسسات الخاصة:

١٢٧- المؤسسة هى تخصيص مال معين لمدة غير معينة لأغراض انسانية أو اجتماعية دون قصد الحصول على أرباح.

ومن هذا التعرتيف نرى أن الموسسة الخاصة شأنها شأن الجعية تقوم لأغراض تجارية أى أن كلاهما لا يسعى إلى الحصول على أرباح مادية ومع هذا التشابه فإن الموسسة الخاصة تختلف عن الجمعية فى النواحى الآتية:

- ان الجمعية مجموعة من الاشخاص الطبيعين، والاعتباريين يدخلون فى تكوينه فى حين ان المؤسسة هي مجموعة من الأموال يرصدها شخص او حتى مجموعة من الاشخاص داخلين فى تكوينها، فهى أموال ترصد أو تخصص لأغراض غير مالية.

- إن الغرض من المؤسسة يجب أن يكون غرضا عاما دائما بينما الغرض من الجمعية يمكن ان يكون عاما لصالح المجتمع ككل ويمكن أن يكون لصالح الاشخاص المكونين لها «صالح خاص».

٢ - بدء شخصية المؤسسات الخاصة :

١٢٨- تنشأ المؤسسة الخاصة بسند رسمى أو وصية بشرط أن يتم إشهار نظامها وفقا لأحكام القانون.

فالمؤسسة تنشأ إذن بسند رسمى أوبوصية وهذا السند الرسمى او الوصية يجب أن تشتمل على البيانات الآتية:

- اسم المؤسسة، وميدان نشاطها ومركز إدارتها برط ان يكون هذا المركز مقره مصر، ثم الغرض الذى من أجله أنشئت المؤسسة وبيان يوضح الأموال المخصصة لهذا الغرض، وأخيرا نظام ادارة المؤسسة.

ويتضح من تعريف المؤسسات الخاصة انها عمل من أعمال التبرع ولهذا فإن منشئ المؤسسة يشترط فيه أهلية خاصة هى أهلية التبرع.

وقد نص القانون على أن إنشاء المؤسسة يعتبر هبة، أو وصية.

ولا يكفى وجود سند رسمى أو وصية لكي تكتسب المؤسسة الشخصية الاعتبارية بل لا بد من ان يشهر نظامها وفقا للقانون ويتم هذا الشهر بناء على طلب منشأها، أو مديرها، أو الجهة المختصة بالإشراف على المؤسسة. وإذا كان سند إنشاء المؤسسة هو سند رسمى فإن منشئها لا يستطيع العدول عنها خاصة اذا تم شهرها.

اما إذا كانت المؤسسة قد أنشئت بطريق الوصيةفإن الموصى يستطيع العدول عنها قبل وفاته لأن الوصية لا تصبح لازمة الا بوفاة الموصى حسب القواعد العامة.،

أهلية وجوب المؤسسة وحدودها :

١٢٩- تتحدد أهلية وجوب المؤسسة بما يتفق وطبيعتها والغرض من قيامها اى أن المؤسسة على خلاف الشخص الطبيعى لها أهلية وجوب محددة كما أن هذه الأهلية التى تثبت للمؤسسة تتحدد بمبدأ التخصص. أى اتلغرض الذى أنشئت من أجله وبالاضافة الى القيود التى ترجع إلى طبيعة المؤسسة وتلك التى تعود الى مبدأ التخصص فقد أضاف المشرع الى تلك القيود أن المؤسسة لا يجوز لها قبول الوصايا والهبات الا بإذن من الجهة الادارية المختصة.

٣- انقضاء المؤسسة وتصفيتها :

١٣٠- الواقع ان المؤسسة شأنها شأن الجمعية تخضع لقواعد مشتركة فيمنا يتعل بانقضائها وتصفيتها ومع ذلك فإن الحل الاختياري كصورة من صور انقضاء الجمعية لا يمكن تصوره فى المؤسسة وعلى ذلك ل ينبغى سوى صورة الحل الاجباري للمؤسة عن طريق الادارة.

فإذا ما حلت المؤسسة على هذا النحو فانه يجرى تصفية أموالها على نحو ما ورد بالنسبة للجمعية.

الفصل الثانى

محل الحق

تمهيد وتقسيم:

١٣١- إذا كان الشخص الطبيعي والاعتباري على ما قدمنا هو صاحب الحق فإن الشئ أو العمل هو محل الحق.

على أنه ينبغي التمييز بين محل الحق، ومضمونة فمحل الحق هو منا يرد او ما يقع عليه حق من اشياء وأعمال.

ومضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يخولها الحق لصاحبه فإذا نظرنا الى حق الملكية مثلا فإن مضمونه هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال، والاستغلال، والتصرف، بينما محل حق الملكية هو الشئ المملوك الذى تنصب عليه هذه السلطات.

وإذا كان محل الحق هو الشئ أو العمل فإن الشئ بدوره يمكن ان يكون ماديا أو معنويا.

ومثال للحقوق التي محلها شئ مادى الحقوق العينية والتى محلها شئ معنوى هى الحقوق الذهنية «حق المؤلف».

والحقوق التي محلها عمل هى الحق الشخصى، أو حق الدائنية فهو كما قدمنا، سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين، سواء كان هذا العمل ايجابيا - الإلتزام بعمل أو سلبيا التزام المدين بالامتناع عن عمل.

ونتناول بداية فى الاشياء المطلب الاول ثم فى الاعمال المطلب الثانى.

المطلب الأول

الأشيـــــاء

١٣٢- الشئ هو كل ما ليس شخصا ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الانسان(١)، وهذا الكيان يمكن ان يكون ماديا او معنويا وبالتالي فان الاشياء بدورها كما رأينا تنقسم الى اشياء مادية، وأشياء معنوية، وهذه الأخيرة يمكن أن تتمثل فى الحقوق الذهنية، وبراءات الاختراع، والمحل التجارى العلامات التجارية، والبيانات التجارية، وما الى ذلك.

وإذا كان الشئ ماديا، أو معنويا يصلح لأن يكون محلا للحق، فهو لا يصلح ان يكون محلا لكافة الحقوق، وبعبارة أخرى، فإن الشئ المادي او المعنوى يصلح محلا للحقوق التى تقوم على روابط التسلط مثل الحقوق العينية والحقوق الذهنية، وبعض حقوق الشخصية كالحق فى الاسم، لكنه لا يصلح محلا للحقوق التي تقوم على روابط الاقتضاء التى يكون محلها عملا يقوم به الشخص كحق الدائنية.

وإذا كنا قد ميزنا بين محل الحق، ومضمونه، وقلنا ان محل الحق يمكن أن يكون شيئا او عملا، والاشياء قد كون مادية وقد تكون معنوية ينبغي أيضاً ان نميز بين الشئ والمال.

فالشئ فيما رأينا يدل على ما يصلح محلا لمباشرة الحقوق التي تخول التسلط او موضوعا لمحل الحقوق التي تخول الاقتضاء.

---

(١) حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧٠٣ وما بعدها.

اما المال فهو اصطلاح يدل على الحق ذى القيمة المالية، أيا كان نوعه وايا كان محله شيئا أو عملا، لذلك يعتبر مالا، الحق العينى، وحقوق الملكية الفكرية فى عنصرها المالى(١).

وبعبارة أخرى فإن المال هو كل حق له قيمة يمكن تقديرها بمبلغ من النقود والشئ المادي، ما هو الا محل الحق المالى(٢)

ونلفت النظر إلى أن القانون المدنى قد أخذ بالتفرقة بين المال والشئ وتحاشى الخلط بينهما. وقد نص بداية على أن الاشياء تكون محلا للحقوق المالية فى المادة ٨١ مدنى، ثم بين أنواع الاشياء فى المواد ٨٢و ٨٤، ٨٥ مدنى.

وفيما يتعلق بالأموال فقد قسمها إلى أموال عقارية، وأموال منقولة.

وبالنظر الى الاشياء فى ذاتها، أى مستقلة عما ترتبه من حقوق، نرى تقسيمات عدة بالنظر إلى الأوجه المختلفة للأشياء.

فمن حيث تعيينها، نجد الأشياء المثلية، والأشياء القيمية.

ومن حيث صلاحيتها لتكراراستعمالها، نجد اشياء تستهلك بمجرد الاستعمال، واشياء يتكرر استعمالها.

---

(١) انظر: حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧٠٥ سليمان مزقس، المرجع السابق، ص ٦٦١.

(٢) فى تعريف المال فى فقه الشريعة الاسلامية، الشيخ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط ٢، ص ٢٥-٣٠، الشيخ ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد، خاصة ص ٤٥، ورغم الفرق الجوهرى بين الشئ والمال فقد جرى العرف بإطلاق لفظ المال على الشئ فيقال عن السيارة المملوكة لى، انها سيارتى أو مالى. انظر فى ذلك سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٢.

ومن حيث ثباتها تنقسم الاشياء الى عقارات ومنقولات.

المحور الأول: الأشياء المثلية، والاشياء القيمية:

١٣٤- الاشياء المثلية هى التى تماثل آحادها فلا توجد بينها فروق يعتد بها(١) ويطلق عليها ايضا الاشياء المعنية بالنوع. وبعضها يقوم مقام بعض فى الوفاء وتقدرعادة بالكيل «كالقدح او الوزن او المقاس. وقد عرفت م٨٥ مدنى هذه الاشياء المثلية بأنها التى تقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد او المقاس أو الكيل أو الوزن.

اما الاشياء القيميه فهى تلك التى تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به حيث لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، ومثال ذلك الأرض، والمنازل، والحيوانات ... إلخ.

وإذا كانت القاعدة فى تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء هو طبيعتها من حيث تفاوت أو تماثل آحادها إلا أن إرادة الأفراد قد تسبغ علي شئ مثلى بطبيعته الصفة القيمية او على شئ قيمى الصفة المثلية وهو ما يطلق عليه الشئ المثلى، أو الشئ القيمي بالتخصيص فالأرض مثلاً تتحول الى مثليات والكتاب يتحول الى قيميات عند اشتراط رده بذاته عند إعارته.

---

(١) أحمدشوقى عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، ط ١٩٩٨، ص ١٤١، حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧٣٠.

وتبدو أهمية تقسيم الاشياء إلى مثلية، وقيمية فى النواحى التالية:

١ - الاشياء القيمية تنتقل ملكيتها بمجرد ابرام العقد، اما الاشياء المثليه فإن الملكية لا تنتقل بها الا بالإفراز، وتفسير ذلك ان المنقول القيمى يكون معينا بالنوع فقط لذا لزم إفرازه.

٢ - ان المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما اشياء مثلية أخذا من نص المادة٣٦٢/١ مدني والمقاصة هى طريقة من طرق الوفاء حيث يكن هناك شخصان كل منهما دائنا، ومدينا للآخر فى نفس الوقت فينقص الدينان المتقابلان بمقدر الأقل منهما.

٣ - ان هلاك الاشياء القيمية يترتب عليه انقضاء الالتزام لان تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا اما هلاك الاشياء المثلية فلا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما فى شأنها لأن لها نظائر فى السوق فيقوم بعضها مقام، بعض فى الوفاء ولذلك يقال ان الاشياء المثلية لا تهلك.

٤ - يتم الوفاء بالالتزام بتسليم شئ قيمى فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام.

اما اذا كان الشئ مثليا فيكون التسليم فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، إعمالا لنص المادة ٣٤٧ مدنى.

ثانياً : الاشياء القابلة للاستهلاك والاشياء غير القابلة للاستهلاك

أساس التقسيم:

الاشياء القابلة للاستهلاك هى التى تستهلك بمجرد الاستعمال العادي الذى أعدت له بطبيعها دون أن تحتمل استعمال متكرر عليها. ولذلك يعرفها المشرع بأنها «.. هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى إنفاقها أو استهلاكها (م ١/٨٤ مدنى).

وقد يكون الاستهلاك ماديا بالقضاء على مادتها كالغذاء أو بتغيير صورتها كتحويل الأقمشة الى ملابس مثلا.

وقد يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف، كإنفاق النقود، وبيع السلع، وتكون الاشياء غير قابلة للاستهلاك اذا كان استعمالها العادى لا يؤدى إلى استهلاكها ولو تسبب فى نقص قيمتها. ولا يؤثر فى هذا الوصف ان يترتب على طول الاستعمال هلاك كالسيارات مثلا أو الكتب.

والاصل ان طبيعة الشئ هى التى تحدد قابليته او عدم قابليته للاستهلاك، غيرانه يجوز للمتعاقدين بإرادتهما تخصيص استمال الشئ تخصيصا يخرجه عنه طبيعته فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابلا للاستهلاك، بالتخصيص أى بالنظر إلى إرادة المتعاقدين.

فالأشياء القابلة للاستهلاك يمكن بالتخصيص ان تعتبر غير قابلة للاستهلاك والعكس صحيح (م ٢/١٨٤ مدنى).

وتبدو أهمية التفرقةبين الاشياء القابلة، وغير القابلة للاستهلاك فيما يلي:

١ - ان بعض الحقوق التى تخول استعمال الشئ كحق الانتفاع وحق الاستعمال لا يتصور ورودها الا على الاشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ذلك ان المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشئ بعينه الى مالكه.

والاشياء القابلة للاسترجاع تصلح موضوعا لنوعين من العقود:

- عقود تستوجب المحافظة على الشئ دون استعماله كعقد الوديعة.

- عقود تجيز استعمال الشئ مع رد مثله، كعقد القرض.

ثالثاً: العقارات والمنقولات

أساس التقسيم:

تنقسم الاشياء من حيث ثباتها او عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات.

وقد نص المشرع على أن كل شئ مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف، عقار، وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول.

وظاهر من النص انه اعتد فى تقسيم الاشياء الى عقارات ومنقولات وانه عرف باثبات أو عدمه تعريفا مباشرا وعرف المنقول تعريفا غير مباشر.

وهذا التقسيم، تقسيم طبيعى أى ينبنى على اختلاف الطبيعة العادية للأشياء وثبات البعض منها واستقراره فى مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة مما يسوغ اختلاف القواعد التى تحكم نوعى الاشياء(١).

ويتضح ذلك على التفصيل الآتى بيانه:

١ - العقارات :

العقار أخذا من نص المادة ٨٢/ مدنى، هو كل شئ له مستقر ثابت لا يمكن نقلها منه دون تلف، وهذا هو العقار بالطبيعة.

ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله، وهذا هو العقار بالتخصيص.

ونحن نعرض بداية للعقار بالطبيعة اولا، ثم العقار بالتخصيص.

أ - العقار بالطبيعة:

هو على ما ذكرنا كل شئ له مستقر ثابت لا يمكن نقله دون تلف،

---

(١) فى رفض الاساس الاقتصادى للتقسيم الذى يرى أن العقارات هى الأكثر قيمة والمنقولات هى الاشيياء التافهة القيمة: حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧٠٧، ونفس المؤلف، حق الملكية، ص ٦٩-٧٠.

ويطلق ذلك على الأرض - بوجه عام - وكل ما يلتصق بها او يقام علي سطحها او يوجد في جوفها من المحاجر والمناجم.

كذا يعتبر عقارا، منازل، ابار، كبارى، منشآت حتى لو كانت مملوكة لغير صاحب الارض.

ويعتبر الشئ ذا مستقر ثابت اذا كان لا يمكن نقله دون تلف، فالاكشاك الخشبية التى يمكن فكها واقامتها فى مكان آخر لا تعتبر عقارات ، ما دام يمكن نقلها دون ان يصيبهاتلف. كذلك الحال فى خيام البدو والكشافة وغيرها.

- وجدير الملاحظة أن صفة الاستقرار التى تقسم الاشياء بناء عليها يمكن ان تكون طبيعية كالأراضى أو صناعية كالمنشآت التى يقيمها الانسان علي سطح الارض مثل المبانى والمزروعات والواقع ان الثبات والاستقرار هنا مناط الصفة العقارية للأشياء فإذا فقد الشئ صفة الثبات والاستقرار فانه يفقد وصف العقار، ويعد من المنقولات كأنقاض البناء والهدم والمحاجر المستخرجة من باطن الارض، والمزروعات بعد حصادها.

ب- العقاربالتخصيص(١):

بعد أن عرفت المادة ٨٢ مدنى العقار بالطبيعة استطردت تقول «ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقاراو استغلاله.

(١) وراجع: حسن كيره، الذيب يرى أن فكرة العقار بالتخصيص ما هى إلا حيلة او افتراض قانونى يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب أحكام العقار على المنقولات التابعة له والمرصودة على خدمته واستغلاله ، المرجع السابق، ص ٧١٠ بند ٣٦٩.

ويؤخذ من نص المادة السابقة أنه، لا بد من توافر شرطين لأعتبار الشئ المنقول الملحق بالعقار عقارا بالتخصيص:

الشرط الأول : ان يكون المنقول مرصودا على خدمة العقار او استغلاله وليس بشرط ان يكون تخصيص المنقولات لخدمة او استغلال العقار تخصيصا مؤبدا أو دائما، بل يكفي ان يكون مستمرا، والا يكون عارضا وبالتالي فمتى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار(١) ومثال ذلك الالات التى تخصص لخدمة الأرض، والتماثيل التنى توضع فى العقار لتجميله.... إلخ

ويشترط ان يكون المنقول مخصصاً لخدمة واستغلال العقار، وليس لخدمة مالكه، وعلى ذلك فان السيارة المعدة لركوب صاحب الارض لا تعد عقارا بالتخصيص عكس الجرار الزراعى المخصص للاستغلال الزراعي، فهو يعتبر مرصوداً لخدمة العقار، وبالتالى عقارا بالتخصيص.

ويستوى ان يكون المنقول مخصص لخدمة العقار او استغلاله ويدخل فى خدمة العقار، السجاد، والمقاعد، والكتب المقدسة فى دور العبادة.

ويدخل فى مفهوم الاستغلال الالات الزراعية، والاسمدة والبذور والاراضى الزراعية، والمواد الأولية، والالات والادوات فى المنشآت الصناعية وما يوضع فى الفنادق من أثاث ومفروشات.

---

(١) سلميان مرقس، المرجع السابق، ض ٦٧٤، وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى، مجموعة الاعمال التحضيرية ج١ ص ٤٦٧.

الشرط الثانى: أن يكون المنقول، والعقار مملوكين لشخص واحد، وعلى ذلك اذا استأجر مالك العقار معدات أو الات لاستغلال العقار، فهى لا تصبح عقارا بالتخصيص كذلك الحال اذا خصص مستأجر العقار لخدمته او استغلاله معدات أو الات منقولة له(١).

والواقع ان هذا شرط بدهى، لأن مشكلة العقار بالتخصيص لا تثور الا حيث توجد مجموعة متماسكه يراد المحافظة على كيانها من التفكك والتفتت. وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة أى العقارات والمنقولات المرصودة على خدمته او استغلاله فى ملك شخص واحد حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض، رغم إرادة المالك(٢).

وإذا كان شرط وحدة الملكية للعقار والمنقول أمراً تبرره الضرورات الاقتصادية فانه لا يشترط أن تكون هذه الملكية مفرزة،. إذ يكفى وحدة الملكية حتى لو كانت على الشيوع، وعلى ذلك يعتبر شرط وحدة الملكية متحققا لأحد الشركاء المشتاعين فى ملكية العقار، إذا قام برصد منقول يملكه على خدمة او استغلال العقار الشائع.(٣)

وأخيرا فإن شرط وحدة الملكية لايكفى فى ذاته لإضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقولات المرصودة لخدمة العقار او استغلاله بل ينبغى ان يصدر التخصيص من المالك او من نائبه الذى يعمل لحسابه.

وعلى ذلك، فإن الالات الزراعية المرصودة لخدمة الاستغلال الزراعى، لا تعتبر من ذلك عقارات بالتخصيص إذا كان تخصيصها لخدمة

(١) سليمان مرقس، المرجع االسابق، ص ٦٧٣.
(٢) حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧١٢، توفيق فرج، المرجع الساتبق، ص ٨١٤.
(٣) والشيوع، أن يتملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه.

او استغلال الارض من غير المالك الحقيقى، كما لو قام بذلك مستأجر للأرض.

فإذا توافر كل من الشرطين السابقين أى التخصيص، ووحدة الملكية، فإن المنقول المرصود لخدمة او استغلال العقار، يعد عقارا بالتخصيص، ويعامل معاملة العقار، فلا يجوز الحجز على العقار بالتخصيص حجز المنقول.

ولا يجوز التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصود لخدمته او استغلاله ومجمل ما تقدم إذن ان كل منقول يخصص لخدمة العقار او استغلاله يصبح عقارا بالتخصيص، اذا كان المالك للعقار والمنقول واحداً.

ولا يشترط - فى هذه الحالة - ان يكون المنقول مثبتا بالعقار لكن التساؤل يثور بصدد ما اذا التصق المنقول بعقار بطبيعته على نحو دائم أو مستمر. هل يصبح فى هذه الحالة عقارا بطبيعته حسب القواعد السابق بيانها ام عقارا بالتخصيص؟ والاجابة عن هذا السؤال تستلزم التعرض للفرضين التاليين:

الفرض الاول: ان يندمج المنقول بالعقار على نحو دائم، بحيث لا يمكن نزعه منه دون تلف، ويفقد المنقول ذاتيته وبالتالى يعد عقارا بطبيعته وتنطبق عليه أحكام العقارات بالطبيعة ومثال ذلك الأبواب، والنوافذ والسلالم بالنسبة للعقارات المبنية.

الفرض الثانى: ان يلتصق النقول او يثبت فى العقار على نحو دائم ولكن لا يفقد المنقول ذاتيته، فى هذا الفرض ينص القانون الفرنسى مثلاً - على إعتبار المنقول عقارا بالتخصيص.

ويشترط المشرع هنا، أن يكون التخصيص قد تم من المالك نفسه ولا يشترط ان يكون المنقول مرصودا لخدمة العقار او استغلاله(١).

أما بالنسبة للقانون المصرى، فانه ينبغي فى نظرنا تطبيق القواعد العامة والمتعلقة بالعقار بطبيعته او العقار بالتخصيص، وبالتالي إذا كان صاحب المنقول قد وضعه فى عقار يملكه لخدمته او استغلاله يعتبر المنقول عقارا بالتخصص.

وإذا التصق المنقول بالعقار، بحيث لا يمكن نزعه دون تلف، فإننا نكون بصدد عقار بالطبيعة.

وعلى أية حال، فإنه اذا توافرت شروط معينة سيرد ذكرها حالا فإن المنقول يعد عقارا بالتخصيص، وتنطبق عليه الأحكام التى تخضع لها العقارات بحيث لا يجوز الحجز أو التنفيذ على هذا المنقول استقلالا.

وإذا بيع العقار، فان البيع يشمل مايلحق به من عقارات بالتخصيص، ما لم ينص على غير ذلك، أى أن قواعد الحجز، والتنفيذ او التصرف فى العقارات بالتخصيص تأخذ حكم العقارات بالطبيعة.

---

(١) راجع : نص م ٣/٥٢٤ من القانون المدنى الفرنسي.

ومع ذلك، فإن التشابه بين العقارات بالتخصيص والعقارات بالطبيعة يقتصر على هذه المسائل، فهناك اختلافات عديدة بينهما تتمثل فيما يأتي:

١ - ان وحدة الملكية شرط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص وعلى العكس من ذلك فإذا اندمج المنقول بالعقار، بحيث لا يمكن نزعه دون تلف يعد عقارا بطبيعته، بصرف النظر عن وحدة المالك.

٢ - ان العقار بالتخصيص يعامل معاملة المنقول في حالة امتياز بائع المنقول بالنسبةلما يستحق له من الثمن وملحقاته اذا كان المنقول ما زال محتفظا بذاتيته م ١١٤٥ فقرة اولي من القانون المدنى وينطبق هذا الحكم حتى ولو كان هذا المنقول قد صار عقارا بالتخصيص(١) وبالتالى يجوز للبائع الحجز على المنقول وحده ثم بيعه لاستيفاء حقوقه اما اذا فقد المنقول ذاتيته واندمج في العقار، يصبح عقارا بطبيعته وتنطبق عليه الأحكام السابق بيانها بشأن العقارات بالطبيعة.

٣ - أن العقار بالتخصيص يظل على هذا الوصف طالما كان المنقول مخصصا لخدمة العقار او استغلاله فإذا فقد هذا الشرط اصبح منقولا تسرى عليه أحكام المنقول العادى على ما سنرى حالاً.

٢ - المنقولات:

ذكرنا ان المشرع قد عرف العقارات تعريفا مباشرا، وعرف المنقولات تعريفا غير مباشر، ومعنى ذلك ان كل شئ لا تتوافر له صفة العقار أي صفة الثبات والاستقرار يعد منقولا بالطبيعة.

---

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، بند ٤٧٦، ص ٨٢٦.

ويرد على هذا الاصل استثناءا مهم يتمثل فى المنقولات بحسب المآل ونتحدث بداية عن المنقول بالطبعية ثم المنقول بحسب المآل.

أ- المنقول بالطبيعة:

هى الاشياء المادية غيرا الثابتة القابلة للنقل من مكان الى اخر دون تلف، يستوى فى ذلك ان تكون قابلة للانتقال بقوتها الذاتية كالحيوانات، او بقوة خارجية كالأثاث والبضائع والكتب.

ويدخل فى مفهوم المنقولات بالطبيعة كل ما ليس عقارا بالطبيعة او عقارا بالتخصيص.

وقد ثار الشك حول اعتبار بعض الاشياء منقولا بالطبيعة مثل الغاز والكهرباء وقد استقر الرأي على إعتبارها منقولات بالطبيعة وبالتالي فان اختلاسها يدخل فى مفهوم السرقة وينطبق عليه أحكام المادة ١١٦ من قانون العقوبات التى عرفت السرقة بأنها اختلاس مال منقول مملوك للغير.

أهمية التقسيم:

تقسيم الاشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات أهم تقسيم الاشياء على الاطلاق، ويترتب عليه النتائج الآتية:

١ – فى العقارات فإن التصرفات القانونية التى من شأنها إنشاء او نقل او زوال حقوق عينية، او الاحتجاج بها على الغير، تخضع لاجراءات شهر معينة، بعكس التصرفات الواردة على المنقول، فهى لا تخضع لاجراءات الشهر.

وعلى ذلك، فإن الملكية فى العقارات لا تنتقل الا بالتسجيل بينما فى المنقولات تنتقل الملكية بمجرد العقد اذا كان المنقول معينا بالذات.

٢ – هناك حقوق عينية لا ترد الا على عقار مثال ذلك من الحقوق العينية الأصلية حق السكنى والإرتفاق وحق الحكر ومن الحقوق العينية التبعية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص اما غير ذلك من الحقوق العينية الاصلية والتبعية فان محلها يمكن ان يكون منقولا او عقارا.

٣ – ان الحيازة تكفى لاكتساب ملكية المنقول وذلك اذا كان الحائز حسن النية واستند الى سبب صحيح لذا يقال ان الحيازة فى المنقول سند الملكية.

اما فى العقار فلا تنطبق القاعدة ذلك ان اكتساب الملكية يستلزم الحيازة الممتدة لمدة خمس سنوات اذا كان الحائز حسن النية ومستندا الى

سبب صحيح وفى غير أى اذا كان الحائز سيئ النية ذلك فان مدة التقادم المكسب للحق العينى الوارد على عقار تتحدد بخمسة عشر عاما كما ان الحيازة فى العقار تحمى فى القانون بدعاوى معينة بعكس المنقول.

٤ - لا تكون الشفعة الا فى العقارات وحدها دون المنقولات(١) والشفعة سبب من اسباب كسب الحقوق العينية الاصلية على العقارات.

ب - المنقول بحسب المآل:

المنقول بحسب المآل هو عقار بالطبيعة، لكنه سيصبح فى القريب منقولا أى ينظر اليه باعتباره منقولا بحسب ما سيؤل اليه لذا يسمي منقولا بحسب المآل.

مثال ذلك، الثمار الناضجة قبل جنيها والمبانى المعدة للهدم والاشجار المعدة للقطع والمعادن والمحاجر المعدة للاستخراج وغيرها.

والمشرع المصرى، لم ينص على قاعدة عامة بشأن لمنقول بحسب المآل لكن الفقه والقضاء يجمع على الأخذ بها اذا توافرت شروطها(٢). وقد وردت مجموعة من التطبيقات لما يعد منقولا بحسب المآل، ومن ذلك ماينص عليه قانون المرافعات فى المادة ٣٥٤ على اتباع اجراءات حجز المنقول بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز الا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها(٣).

(١) م ٩٣٥ مدنى.
(٢) انظر : احمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٥٢.
(٣) انظر ايضا تطبيقات اخرى فى المادتين ١١٤٢/١ مدنى، و ١١٤٤/١ مدنى.

وقد استخلص الفقه والقضاء من هذه النصوص ان بعض العقارات يعتبر منقولا بحسب المآل اذا توفر كل من الشرطين الآتيين:

١ – الشرط الأول: ان تنصرف أرادة المتعاقدين انصرافا جديا حقيقيا إلى إعداد العقارات المتعاقد عليها لتصير منقولات بالاتجاه الى فصلها عن اصل الثبات والاستقرار وعلى ذلك فانه لا يكفى لاعتبار العقار منقولا بحسب المآل ان يكون تحول العقار إلى منقول أمرا محتملا كما لو كان لمشترى البناء الخيار فى هدمه فهو قد يختار الابقاء عليه لذا ينبغى ان يكون الهدم محققا فعلا حتى يعتبر العقار منقولاً بحسب المآل.

٢ – والشرط الثانى: ان يكون المتعاقدان قد حددا موعدا قريبا لفصل الشئ عن الأرض.

وعلى ذلك اذا حدد للبناء المبيع موعد بعيد لهدمه، فالبيع فى هذه الحالة يكون واردا على عقار وليس على منقول بحسب المآل وتنطبق عليه كافة أحكام العقار.

أحكام المنقول بحسب المآل:

فإذا توافرت الشروط السابق بيانها اعتبر العقار منقولا بحسب المآل ويسري عليه التنظيم القانونى الخاص بالمنقول من ذلك :

١ – ان ملكية المنقول بحسب المآل تنتقل بمجرد ابرام العقد، وذلك اذا كان معينا بالذات

٢ – اذا أثير نزاع يتعلق بالمنقول بحسب المآل، فإن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ومعلوم ان قواعد الاختصاص فى العقارات تكون للمحكمة الكائن فى دائرتها العقار.

٣ – تسرى قواعد الحجز على المنقول، ولا ينطبق إجراءات الحجز العقارى ولو كان المبيع ما زال متصلا بالارض ما دام سيصبح فى القريب منقولا.

٤ – يمتنع علي مشترى المنقول بحسب المآل ان يلجأ إلى دعاوى الحيازة فهى لا تنطبق الا على العقارات حماية لحائز العقارات.

٥ – يفرق قانون المرافعات بين إجراءات الحجز على المنقول وإجراءات التنفيذ على العقار فيجعل الاولى أكثر سرعة واقل تعقيدا من الثانية.

٦ – ان القانون قد يضع قيودا علي تملك العقارات نظرا لأهميتها الاقتصادية او باعتبارها دليلا على سيادة الدولة على إقليمها ويدخل فى الحالة الاولى القيد الخاص بالحد الأقصى للملكية الزراعية الذى كان معمولاً به فى قانون الاصلاح الزراعى القديم ويدخل فى الحالة الثانية القيد الخاص بتملك الأجانب للعقارات ولا يسرى ذلك على المنقولات.

٧ – يقيد القانون أهلية الجمعياتوفى اكتساب الحقوق الواقعة علي عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى قامت من أجله الجمعيه ولا يرد هذا القيد فى الحقوق الواردة على المنقولات.

٨ – فى تصفية التركات تنص المادة ٨٩٣ مدني على أنه اذا لم يوجد فى التركه نقود تكفى لسداد ديون التركه يكون الوفاء بها من ثمن بيع العقارات.

والمتأمل بالفروق السابقة يرى بأن بعضها يعود الى صف الثبات والاستقرار فى العقرات بعكس المنقولات وبعضها الآخر يرجع الى بقايا النظرة القديمة باعتبار ان العقارات هى مخزن الثروة وان المنقولات تعتبر ضئيلة القيمة.

المطلب الثانى

الأعمـــــال[1]

سبق أن رأينا أن محل الحق يمكن ان يكون شيئا ويمكن ان يكون عملا والأعمال هى محل الحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتصاء واظهر هذه الحقوق هو الحق الشخصى أو حق الدائنية التى يخول صاحبه وهو الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين، او الامتناع عن عمل معين فاذا كانت الاشياء هى محل للحق العينى، فإن الأعمال هى محل للحق الشخصى.

ويشترط فى العمل الذى هو التزام المدين، شرائط عدة ورد النص عليها فى المواد ١٣١ حتى ١٣٥ مدنى، هى أن يكون ممكنا ومعينا او قابلا للتعيين وان يكون مشروعا.

أولاً: شرط الامكان:

أكدت المادة ١٣٢ مدنى أنه اذا كان محل الإلتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا.

والمعنى ان الأداء الذى يتحمل به المدين ينبغى أن يكون ممكنا فإذا كان مستحيلا فإن الإلزتام يقع باطلا فلا يكلف أحد بالمستحيل.

---

(١) سنتكلم بايجاز شديد عن الأعمال ذلك ان تفاصيل الكلام فى العمل، وشروطه يقع ضمن نظرية الالتزام، عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للإلتزام، السنهورى/ الوسط/ جـ١/ ص ٢٢٠ وبعدها.

فإذا كان الالزام ممكنا وقت ابرام العقد واستحال تفيذه بعد ذلك فإن العقد ينشأ صحيحا لكنه ينقضى اذا كانت الاستحالة لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه فاذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فانه يلزم بتنفيذه بمقابل عن طريق تعويض الدائن.

على أن الاستحالة التي يبطل معها الإلزام، هى الاستحالة المطلقة التى تقوم بالنسبة للكافة كأن يتعهد المحامى برفع استئناف فى دعوى فاتت ميعاد الاستئناف فيها.

او أن يتعهد المدين بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد والاولى «إستحالة قانونية» والثانية «إستحالة مادية».

أما اذا كانت الاستحالة نسبية أى لا تتعلق الا بشخص المدين كأن يتعهد الشخص برسم لوحة زيتية وهو لا يجيد فن الرسم لكن غيره يستطيع ذلك فيعتبر معها العمل ممكنا، واذا استحال على المدين شخصيا القيام به يكون مسئولا امام الدائن عن تخلفه عن الوفاء.

وبالنسبة للإلتزام بإعطاء شئ فيعتبر شرط الامكان متوافرا فيه حتى ولو لم يكن هذا الشئ موجودا وقت التعهد بإعطائه ما دام انه يمكن وجوده مستقبلا . لذا فإن التعامل فى الاشياء يجوز بشرط ان يكون الشئ قابلا للوجود فى المستقبل.

ومع ذلك فقد نص المشرع على استثناءات معينة يعتبر فيها التعامل فى شئ مستقبلا باطلا. وذلك لاعتبارات معينة ، انسانية، واقتصادية، من

ذلك مثلا ان رهن مال المستقبل يقع باطلا(١) وبطلان هبة المال المستقبل(٢) وبطلان التعامل فى تركه إنسان على قيد الحياة(٣).

شرط التعيين أو القابلية للتعيين:

يجب أن يكون العمل «محل إلتزام المدين» معينا او قابلا للتعيين، وقد رأينا ان الاشياء القيمية تتحدد بصفات معينة فيكون تعيين المنزل بحدوده ومساحته وموقعه.

أما الاشياء المثليةفيتعيينها ببيان جنسها، ونوعها، ومقدارها فيتعين القطن مثلاً بالقنطار من نوع جيزة - درجة اولى. فإذا لم يتعين درجة الجودة التزم المدين بتسليم القطن من درجة متوسطة.

يجب ان يكون العمل مشروعا أى غير مخالف للنظام العام اوالاداب(٤) ومن أمثلة العمل غير المشروع الاتفاق على القتل او السرقة أو بيع المخدرات الخ.

---

(١) حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧١٢ توفيق فرج، المرجع السابق،. ص ٨١٤.
(٢) حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧١٢ توفيق فرج، المرجع السابق،. ص ٨١٤.
(٣) حسن كيره، المرجع السابق، ص ٧١٢ توفيق فرج، المرجع السابق،. ص ٨١٤.

الباب الثانى

مصادر الحق

تمهيد وتقسيم:

١٥٢ - المقصود بمصدر الحق، السبب القانونى المنشئ له ومصادر الحق فى التنقيات الحديثة تتمثل فى العقد والارادة المنفردة، والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون.

والواقع ان مصادر الحق لا تخرج عن طائفتين هما: التصرفات القانونية والوقائع القانونية، والتصرف القانونى معناه اتجاه الارادة الى إحداث أثر قانونى معين. فإن كان صادرا من جانبين سمى عقدا، إن صدر مكان جانب واحد سمى الارادة المنفردة، فهو عمل ارادى محض، تتجه فيه الارادة إلى ترتيب أثر قاونى معين.

اما الواقعة القانونية، فهية واقعة مادية من فعل الطبعية، أو من فعل الانسان ويرتب القانون عليها أثرا معينا حتى ولو لم تتجة النية إلى إحداث هذا الأثر والمهم ان مصادر الحق لا تخرج عن التصرفات القانونية او الوقائع المادية.

وسوف نعرض فى فصل أول - التصرف القانونى كمصدر من مصادر الحق - على أن نتناول - الوقائع القانونية، فى فصل ثان.

---

(١) سنتكلم بايجاز شديد عن الأعمال ذلك ان تفاصيل الكلام فى العمل، وشروطه يقع ضمن نظرية الالتزام، انظر مثلاً عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للإلزام، السنهورى، الوسط، جـ١.

الفصل الأول

التصرف القانونى كمصدر للحق

١٥٣- ذكرنا بان التصرف القانونى، هو اتجاه الارادة الى إحداث أثر قانونى معين، قد يكون إنشاء حق من الحقوق او تعديله او نقله او انهاء الحق.

والتصرف القانونى، على النحوالذى بسطناه - اذ صدر عن طرفين فانه يسمي بالعقد وان صدر عن طرف واحد سمي بالإرادة المنفردة ومثال الاول، البيع، والايجار، والمقاولة، والكفالة، والوكالة.. الخ ومثال الثانى الوعد بجائزة الموجه للجمهور.

وسواء صدر التصرف القانونى من جانب واحد او من الجانبين فان ما يميزه هو اتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى.

وإذا كان التصرف القانونى تنشئه الارادة فان الارادة غير قادرة على إنشاء التصرف القانونى، الا اذا كانت صادرة عن ذى أهلية، وان ترد على محل مشروع، وان يكون الدافع على إبرام التصرف القانونى مشروعا وبذا، فإن الاهلية والمحل والسبب أركان لا يقوم العقد بدونها وفوق ذلك ثمة شروط لصحة العقد أهمها ألا يكون من أبرمه ناقص الأهلية والا تتعيب إرادته بعيب من عيوب الإرادة.

فإذا اكتمل للعقد أركانه وشروط صحته، اعتبر ملزما بالنسبة لأطرافه، بحيث لا يكون لأى منهما نقضه أو تعديله الا باتفاقهما او بنص فى القانون.

١٥٤- وسوف نعرض بداية لتكوين العقد من حيث أركانه وشروط صحته فى مبحث أول ثم لآثار العقد فى مبحث ثان.

المبحث الأول

تكوين العقد

١٥٥- ينعقد العقد صحيحا بتوافر أركانه وشروط صحته وأركان العقد هى الرضى، والمحل ، والسبب، أما صحة شروط صحة العقد فهى ألا يبرمه ناقص أهلية والا تتعيب الارادة بعيب من عيوب الرضى. فإذا تخلف ركن من اركان العقد كان باطلا بطلانا مطلقا، وان تخلف شرط من شروط صحة العقد فانه يكون باطلا بطلانا نسبيا.

والمعنى أن الجزاء المترتب على تخلف ركن من اركان العقد إذن هو البطلان المطلق، اما جزاء تخلف شرط من شروط صحته فهو البطلان النسبى.

١٥٦- وسوف نعرض فيما يلى لأركان العقد وشروطه فى مطلب أول ثم الجزاء الذى يترتب على تخلف أركان العقد وشروط صحته، فى مطلب ثان.

المطلب الأول

أركان العقد وشروط صحته

تقسيم:

١٥٧- الركن - لغة - ما قام الشئ بوجود ، وانعدم بانعدامه ، واركان العقد كما ذكرنا - التى لا يقوم بغيرها هى الرضى، والمحل، والسبب(١) اما الشرط، فهو ما يمكن ان يوجد الشئ بدونه، ولكنه وجود غير صحيح مهدد بالزوال، وشروط صحة العقد الا يبرمه ناقص أهلية والا يوجد بالمتعاقدين او أحدهما عيب من عيوب الارادة.

وسوف نعرض بداية لأركان العقد ثم شروط صحته.

(١) وذلك إلى جانب الشكل فى العقود الشكلية.

الفرع الأول

أركان لعقد

أركان العقد فيما رأينا: الرضا، والمحل، والسبب.

المحور الأول: وجود الرضا

١٥٩- يتم العقد ، بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره المشرع فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد.

ويبين من ذلك ان وجود الرضا لا يتحقق بغير وجود ارادة مكتملة والتعبير عنها، وفوق ذلك يجب ان تتوافق الارادتين على التصرف المراد إبرامه.

والرضا وإن كان ركنا لا ينعقد العقد بدونه يلزم أن يكون صحيحا، فإذا صدر العقد من ناقص أهلية او من شخص تعيبت إرادته بعيب من عيوب الرضا كان العقد قابلا للإبطال.

وسوف نعرض بداية للإرادة والتعبير عنها ثم صحة الرضا.

أولاً : الارادة والتعبير عنها :

١٦٠- الرضا عموما اتجاه الارادة إلى الأثر القانونى المطلوب، فيقال بأن الوكيل ارتضى الوكالة، والمقاول ارتضى المقاولة، والموصى قد

ارتضى الوصية، وفى نطاق العقد لا يقوم الرضا بدون إرادة واعية، مدركة تتجه إلى إحداث أثر قانونى، يتم التعبير عنها.

١٦١- وسوف نتناول بداية وجود الارادة ثم وسائل التعبير عنها ثم تطابق الارادتين.

١ - وجود الارادة :

١٦٢- ذكرنا بان الرضا بالعقد لا يقوم بغير ارادة من طرفيه، ولا تقوم الارادة بغير وعى الشخص بحقيقة التصرف الذى يقدم عليه، وعلى ذلك لا تقوم الارادة بالنسبة لعديم الأهلية، سواء بسبب السن كالطفل عديم التمييز ، أو بسبب الحالة العقلية، كالمجنون، أو بغير ذلك من الاسباب.

ولا يكفى لوجود الرضا، توفر الارادة بالمعنى الذى بسطناه - بل يلزم فوق ذلك ان تتجه هذه الارادة إلى إحداث أثر قانونى معين، بمعنى أن بقصد صاحبها الارتباط بأمر معين، يلتزم به، فلا عبرة إذن بالإرادة التى لا تتجه إلى إحداث أثر قانونى كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقات التى تتم على سبيل المجاملة وحسن الأخلاق، كأن يدعو شخص آخر لتناول العشاء أو إلى ركوب سيارته بالمجان، فالاتفاق فى مثل هذه المسائل لا يعتبر عقدا ولا يتولد عنه أثر قاونى.

كما يلزم ان تكون الارادة جادة، غير هازلة، فلا عبرة بإرادة الهازل ولا يترتب عليها أثر قانونى. كذلك لا عبرة بالارادة التى تعلق على مشيئة صاحبها كأن يقول شخص لآخر، أبيعك سيارتى عندما أرغب، فالإرادة فى هذه الحالة تعتبر غير موجودة اصلا.

٢ - طرق التعبير عن الارادة:

١٦٣- القانون لا يهتم الا بالإرادة التى يتم التعبير عنه. الا ان التساؤل يظل قائما عن كيفية التعبيرعن الارادة ؟ والإجابة ان التعبير عن الارادة يتم باستخدام وسيلة مادية تكشف عن ارادة صاحبها.

ويكون التعبير عن الارادة باللفظ، وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود (م ٩٠/ مدنى)

فالتعبير عن الارادة يكون غالبا باللفظ ؛كما يسوغ ان يكون بالكتابة بصرف النظر عن طريقة الكتابة، أى سواء كانت مخطوطة، أو مطبوعة، أو على الحاسب الآلى، وسواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية وسواء كانت موقعة او غير موقعة وإن ثار التساؤل عن الاثبات فى الحالة الأخيرة.

وليس ثمة ما يمنع ان يكون التعبيرعن الارادة بالاشارة المتداولة عرفا، ومن ذلك هز الرأس عموديا دلالة على القبول وافقيا او هز الكتف دلالة على الرفض بل يجوز ان يكون التعبير عن الارادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى، كما هو الحال فى شراء صحيفة حيث يتناول البائع مبلغ الصحيفة من المشترى، ويسلمها له بدون كلام.

وأخيرا، فإن التعبير عن الارادة قد يحصل باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكافى دلالته على حقيقة المقصود، ومن ذلك مثلاعرض التاجر للبضائع على واجهة المحل التجارى، مع بيان ثمنها، بما يدل على الايجاب من جانبه ببيع البضاعة بذات السعر ووقوف عربات الأجرة فى

الأماكن المخصصة للركوب او وضع آلة معينة تؤدى للجمهور خدمات معينة، منها تقديم المشربات او الموازين الميكانيكية او استخراج بطاقات التليفون أو الهوية، أو الصور الفوتوغرافية.. الخ، حيث تدل بطريق مباشر عن الرغبة فى تقديم الخدمة بالثمن المكتوب عليها.

والتعرف عن الارادة باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود، يسمى بالتعبير الصريح عن الارادة، الذى يختلف عن التعبير الضمنى، عن الارادة اذا كانت السبيل الذى يلجأ الشخص اليه لا يدلُ على الارادة بطرين مباشر. ويستدل منه – مع ذلك – اتجاه الشخص إلى إحداث أثر قانونى معين. ويضرب الفقه مثلا على ذلك، إذا تنازع الدائن، والمدين على وجود الدين، ثم يأتى المدين ويطلب اجلا للسداد، أو يقدم تأمينا لضمان الدين فهو اعتراف ضمنى بالدين.

ومثال ذلك ايضا ، ان تنتهى مدة الايجار ويبقى المستأجر بالعين المؤجرة بعلم المؤجر، وبغير اعتراض منه فيتجدد الايجار ضمنيا بنفس شرط الايجار المنقضى (م ٥٩٩/ مدنى). فيما يسمى بالتجديد الضمنى لعقد الايجار، أى بإيجاب ضمنى من المستأجر وقبول ضمنى من المؤجر.

والاصل ان التعبير الضمنى، كالتعبير الصريح من حيث القيمة القانونية الا ان المشرع مع ذلك قد يشترط ان يكون التعبير عن الإرادة صريحا من نهذه الحالة لا يكفى ان يكون التعبيرعن الارادة ضمنيا. ومن ذلك مثلا، ذمة المستأجر الأصلى لا تبرأ فى حالة التنازل عن الايجار، او الايجار الضمنى الا اذا وجد تنازل بتعبير صريح من المؤجر(م ٥٩٧)

السكوت فى التعبير عن الارادة:

١٦٤- ذكرنا ان التعبير عن الارادة يكون صريحا او ضمنيا، وفى الحالتين نكون بصدد فعل أو عمل ايجابى، اما السكوت فهو وضع سلبى بحت، أثار التساؤل فى الفقه والقضاء، عما اذا كان يصلح او لا يصلح طريقا للتعبير عن الارادة؟ وبعبارة أخرى، هل يعتبر السكوت بمثابة موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود كما ورد بالمادة ٩٠ من القانون المدنى أم لا؟

ولا يتسنى الإجابة عن السؤال المطروح، إلا إذا بينا بأن العقد ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين يوجه الى الطرف الآخر فيقبله بدون تعديل أو تغيير.

ولذا لا يصلح السكوت تعبيراً عن الايجاب، فالايجاب عرض، والعرض لا يستفاد من مجرد السكوت ولذا قيل بانه لا ينسب لسكوت قول.

ويظل التساول قائما فى مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول؟

الاصل العام ان السكوت بذاته لا يصلح ان يكون تعبيرا عن ارادة القبول وتأكيدا لذلك حكمت محكمة السين(١) مثلا بان سكوت الشخص الذى أرسل اليه صاحب الصحيفة عدداً منها بغرض اشتراكه فيها، عن ردها، وعن إبداء رأيه فى قبول هذا الاشتراك او رفضه لا يعتبرا منه قبولا ولا يغير من ذلك ان يكون صاحب الصحيفة قد أخطر العميل، بأن عدم رد الاعداد يعتبر قبولا للاشتراك فيها.

---

(١) محكمة السين، ١٩/٤/١٩٨٣ فى بلانيول ورسيرا / ح ٦، ص ١١٧.

وإذا كانت القاعدة العامة أن السكوت لا يقطع فى الدلالة على القبول فإن ذلك ينطبق على السكوت البسيط، أو السكوت المجرد من الظروف والملابسات، أما إذا اقترن بالسكوت ظروف او ملابسات تدعم دلالته فى القبول اعتبرا قبولا، ينعقد به العقد.

ولذلك ورد بنص م ٩٨/ مدنى بأن «السكوت عن الرد يعتبر قبولا، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه.

فالمشرع اورد مثالين لما يعتبر سكوتا ملابسا، يدل على إرادة القبول:

اولاً : ان يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا للتعامل السابق، ومثال ذلك ان يرسل تاجر الجملة البضاعة الى تاجر التجزئة فيعتبر ذلك قبولا، أو أن يتسلم المشترى البضاعة التى اشتراها مع قائمة بثمنها متضمنة شروطا معينة للصفقة، فيسكت عن الرد على هذه الشروط فترة معقولة فيعتبر ذلك قبولا منه. او ان يرسل البنك الى عميله قائمة بالحساب، فلا يرد الأخير، وتنقضى فترة معقولة فذلك يعتبر قبولا.

ثانياً : إذا تمخض الايجاب عن منفعة خالصة للموجه اليه فيعتبر سكوت الأخير قبولا ومثال ذلك ان يعرض على شخص تبرع معين فيسكت فيعتبر ذلك دلالة على قبول التبرع.

٣- تطابق الارادتين:

١٦٥ – ذكرنا بان الرضاء اساس العقد انما لا يكفى ان تتواجد الارادة فى كلّ من طرفى العقد، وان يقع التعبير عنها بل يلزم – فوق ذلك تطابق الارادتين أى أن يكون القبول مطابقا للريجاب فى كل ما تضمنه.

١٦٦– ونتناول فيما يلى الايجاب والقبول

– الايجاب : هو العرض الذى يبدأ به شخص آخر، بغرض ابرام عقد ما ومثال ذلك ان يقول أ إلى ب ابيعك منزلى بمبلغ وقدره كذا.

ولا يعتبر العرض ايجاباً الا اذا تضمن – على الأقل – طبيعه العقد المراد ابرامه (بيع ، أو إيجار، أو وكالة، أو شركة... إلخ) فضلا عن أركان العقد الاساسية، فالإيجاب بالبيع مثلا يجب ان يتضمن طبيعة المبيع، والثمن والايجاب بالايجار يجب ان يشتمل على المأجور والأجرة وهكذا.

ولا يلزم ان يوجه الايجاب الى شخص محدد، بل يمكن أن يوجه إلى شخص غير محدد فيما يسمى بالايجاب الموجه للجمهور ومن ذلك عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها، ووقوف عربات الاجرة فى الأماكن المخصصة لركوب الاشخاص والايجاب الموجه للجمهور يختلف عن الايجاب الموجه لشخص محدد فى أنه يقترن دائما بتحفظ ضمنى «الى حين نفاذ الكمية».

أ - القوة الملزمة للإيجاب:

١٦٧- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد م ٩٣/ مدنى.

ومعنى ذلك، ان للموجب كقاعدة عامة، ان يرجع عن ايجابه طالما انه لم يقترن به قبول، فالإيجاب - فى الاصل - غير ملزم لصاحبه بالبقاء عليه.

ويستثنى من ذلك ان يقترن الايجاب بمدة معينة وعندها، لا يجوز للموجب الرجوع فى إيجابه، إلى أن تنقضى هذه المدة، فإذا رجع الموجب قبل فوات المدة المحددة، اعتبار رجوعه كأن لم يكن، اذ يظل الايجاب قائما برغم رجوع الموجب عنه بحيث اذا صدر عن الموجه إليه قبول مطابق، انعقد به العقد، أى برغم رجوع الموجب عليه.

ومثال الايجاب المقترن بمدة، ان يعرض شخص على آخر شراء منزله ويحدد له الثمن، ويمنحه مدة اسبوع يبدى خلاله رأيه فيه قبولا، أو رفضا، وهذا هو التحديد الصحيح لميعاد القبول.

وقد يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة، وهذا هو التحديد الضمنى لميعاد القبول ومثال ذلك، ان يعرض شخص على آخر بيع سيارة على شرط التجربة، فظروف الحال تقتضى أن الموجب يترك للموجه اليه الايجاب المدة التى تستغرقها التجربة.

- وفى البيع بالمراسلة، تتحدد مدة القبول، بالفترة اللازمة لوصول الايجاب الى علم الموجه اليه والفترة المعقولةللرد.

ويبقى ان نوضح ان مصدر التزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة هو ارادته المنفردة.

ب - سقوط الايجاب:

١٦٨- يسقط الايجاب بالضرورة اذا رفضه الموجه اليه وقد يكون رفض الايجاب صريحا او ضمنيا ومثال الاول ان يكون الايجاب بين حاضرين أى فيما يسمى بمجلس العقد، ثم ينقضى المجلس من غير ان يلحقه قبول م ١٩٤/ مدنى ومثال الرفض الضمنى أن يزيد الموجه اليه الايجاب او ينقص من العرض المقدم اليه، او يعدل منه بأية صورة من الصور.

- ويسقط الايجاب اذا كان الموجب قد حدد ميعادا للقبول، ثم يفوت هذا الميعاد بدون قبول من الموجه اليه بالايجاب..

- وأخيرا، يسقط الايجاب، برجوع الموجب عنه، ما لم يكن مقترنا بميعاد للقبول، حيث لا يجوز للوجب الرجوع عنه فى هذه الحالة الا بفوات الميعاد.

٢ - القبول:

١٦٩- لا يصلح الايجاب وحده اساسا لقيام العقد، ان لم يلحقه قبول مطابق فالقبول إذن رضاء من وجه اليه الايجاب به، ويجب ان يكون

القبول مطابقا للإيجاب فى جميع عناصره، لذلك نصت م ٩٦/مدنى على أنه اذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أويقيد منه، او يعدل فيه، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا فاساس القبول إذن هو مطابقته للإيجاب مطابقة تامة وعلى ذلك اذا عرض أو على ب شراء منزله بمبلغ مائة الف فقبل الاخير بتسعين الفا فإن ذلك لا يعتبر قبولا ينعقد به عقد بيع المنزل، والعكس.

وإذا عرض أ على ب شراء سيارته بمبلغ خمسون الف ، وقبل ب على أن يدفع منها النصف، والباقى على أقساط فان ذلك يعتبر رفضا للشراء.

المحور الثانى: صحة الرضاء:

١٧٠- لا يكفى وجود الرضاء لانعقاد العقد صحيحا بل يلزم فوق ذلك ان يكون الرضا خاليا من العيب والا يكون قد أبرمه ناقص أهلية(١) فرق إذن بين وجود الرضا وصحته فالأول لازم لانعقاد العقد، اذا تخلف فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا والثانى لازم لصحة العقد اذا تخلف، فليس معنى ذلك ان العقد لاينعقد،بل ينشأ معيبا، ويمكن الطعن عليه بالابطال.

ويتخلف ركن الرضا، حال انتفاء الارادة لانعدام الأهلية، أو لعدم تطابق الارادتين.

بينما تتخلف عناصر صحة العقد، لصدور التعبير عن الارادة من ناقص الاهلية او لتعيب الارادة بعيب من عيوب الرضا، وهى الغلط، والتدليس، والإكراه والاستغلال،

(١) لن نعرض لنقص الأهلية ونحيل فى دراستها الى ما سق ان عرضناله ص ١٧٥ وبعدها.

عيوب الإرادة:

١٧١- ذكرنا بأن عيوب الارادة، أى التى تفسد الرضا، هى الغلط والتدليس، والاكراه، والاستغلال، ونتناول كل منها فيما يلى تباعا .

١ - الغلط:

١٧٢- الغلط، وهم يتولد فى ذهن المتعاقد، فيصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه لإبرام التعاقد، مثال ذلك ان يشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص، فإذا بها من معدن مطلى بالذهب، وان يتعاقد شخص على شراء منزل، معتقدا بانه يطل على واجهة الشارع الرئيسى فإذا به محصور بين المنازل، وان يشترى شخص تحفة على أنها أثرية، فإذا بها من ابداع فنان حديث.

- وقد ورد بنص م ١٢٠/ مدنى أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى فإن له ان يطلب ابطال العقد، اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه ان يتبينه.

- وأخذاً من هذا النص، يلزم لكى ينتج الغلط، اثره القانونى، من حيث اعتباره عيبا من عيوب الارادة يؤدى الى بطلان العقد بطلانا نسبيا، توافر شرطين هما: ان يكون الغلط جوهريا، وأن يتصل الغلط بشخص المتعاقد الآخر .

الشرط الأول: يجب أن يكون الغلط جوهريا، ويكون الغلط جوهريا، اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد، لو لم

يقع فى هذا الغلط م١٢١/٢ مدنى ومعنى ذلك انه ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدى بالضرورة الى قابلية العقد للإبطال. بل يلزم ان يكون الغلط جوهريا اى أن يكون هذا الدافع على ابرام العقد بحيث لولاه لما اقدم المتعاقد على ابرام العقد.

١٧٣- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص ، فى الحالات الاتية:

أ - اذا وقع فى صفللشئ تكون جوهرية فى إعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية. ومثال ذلك من يشترى تحفة من محل العاديات بثمن كبير، يمكنه طلب ابطال للغلط اذا اتضح بانها حديثة ذلك ان الظروف جميعا، تدل على أنه اشتراها بهذا الثمن اعتقادا منه بأنها أثرية.

ب - إذا وقع فى ذات المتعاقد، او فى صفة من صفاته، إذا كانت محل اعتبار رئيسى فى التعاقد، ومثال الغلط فى ذات الشخص ان يهب أ إلى ب مالا اعتقادا منه بانه قريب له ثم يتضح انه ليس كذلك.

ومثال الغلط فى صفة الشخص ان يعهد المريض الى طبيب بإجراء عملية جراحية له اعتقادا منه بأنه طبيب مشهور فى التخصص المطلوب ثميتضح انه ليس كذلك.

الشرط الثاني: اتصال المتعاقد الاخر بالغلط:

يكون الغلط متصلا بالتعاقد الآخر فى حالات ثلاث: الاولى، هى وقوع المتعاقد الاخر فى نفس الغلط، اى يكون الغلط مشتركا.

والثانية: علم المتعاقد الاخر بالغلط فيثبت سوء نيته وبالتالي فلا محل لحمايته.

والثالثة: علم المتعاقد الآخر أن يتبينه، ولكنه لم يفعل فهو فى هذه الحالة - مقصر ولا يستحق الحماية.

الغلط فى الواقع والغلط فى القانون:

١٧٤- ذكرنا بان الغلط يتعلق عادة بواقعة من الوقائع يتوهمها الشخص بخلاف الحقيقة، وهذا هو الغلط فى الواقع.

وقد يكون الغلط فى القانون بأن يتوهم الشخص بخلاف الحقيقة ، قاعدة قانونية، فيبرم العقد مدفوعا بهذا التوهم،. وهنا يثور التساؤل بصدد إمكانية الطعن على العقد بالابطال للغلط فى القانون؟ وقد أجابت على ذلك المادة ١٢٢ مدنى بقولها ان العقد يكون قابلا للإبطال لغلط فى القانون اذا توافرت الشرائط الآتية:

١ - ان يكون الغلط جوهريا أى بأن يقع على صفة جوهرية فى الشئ أو صفة جوهرية فى الشخص، فى العقد التي تبرم على أساس الاعتبار الشخصى.

٢ - أن يتصل الغلط فى القانون بعلم المتعاقد الاخر فيثبت بانه كان على علم به او كان من السهل عليه ان يتبينه او كان الغلط مشتركا.

٣ - ان يكون من شأن التمسك بالغلط فى القانون إعمال حكم القانون لا ستبعاده وترتيبا على ذلكلا يجوز للمقرض الذى أقرض فائدة

تزيد عن الحد القانونى المطالبة بطلب ابطال عقد القرض للغلط فذلك استبعاد لحكم القانون بل ينبغى فى هذه الحالة تخفيض نسبة الفائدة حتى تتعادل مع الحد المقرر قانونا.

٤ – ويشترط أخيرا الا يكون القانون قد نص على عدم الاعتداد بالغلط فى القانون ومن ذلك مثلا ما ورد بنص م ٥٦٦/ مدنى بانه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون.

إثبات الغلط وأثره:

١٧٥– الاصل هو سلامة الارادة من العيوب، وعلى من يدعى بخلاف الاصل اثباته، وبالتالي على من يدعى ان إرادته معيبة بالغلط ان يثبت ذلك أى أن يثبت توافر شرائط الغلط.

وإثبات الغلط يكون بكافة طرق الإثبات، بما فيها القرائن، فإذا اثبت توافر شروط الغلط – على النحو الذى بسطناه – كان العقد قابلا للإبطال.

٢ – التدليس:

١٧٦– التدليس، إيهام الشخص، بغير الحقيقة بقصد دفعه الى ابرام العقد.

ويتبين من ذلك ان التدليس بخلاف الغلط، فالأول ايهام متولد من فعل صادر عن الغير، بينما الثانى وهم تلقائى وفيما عدا ذلك فإن أساس إبطال العقد فى الاثنين واحد وهو ذلك الوهم الذى تولد فى ذهن المتعاقد، فحمله على التعاقد.

ولما كان التدليس، وهم مستثار أى من فعل شخص آخر فهو عمل غير مشروع يؤدى فضلا عن ابطال العقد الى إلزام المدلس بالتعويض عن الضرر الناشئ عنه.

وأخيرا، فإن اثبات التدليس ايسر من إثبات الغلط، وبمعنى آخر، الايهام يسهل إثباته والوهم التلقائي يصعب اثباته لأنه امر نفسى بحت.

عناصر التدليس:

١٧٧- للتدليس عنصران: أحدهما نفسى، وهو نية التضليل، والاخر موضوعى وهو الطرق الاحتيالية.

أ- نية التضليل:

المقصود بنية التضليل قصد ايقاع المتعاقد الاخر في غلط وبالتالى فان المدلس يجب ان يقصد إيهام المتعاقد الاخر بأمر مخالف للحقيقة. فإذا انخدع شخص بعمل شخص آخر، دون ان يقصد الأخير خداعه، لا يقع التدليس لعدم توفر العنصر النفسى كما لو انخدع شخص بمظاهر الغنى، التى يبدو عليها الطرف الاخر.

٢- الطرق الاحتيالية:

لا يكفى العنصر النفسى وحده لقيام التدليس. بل يلزم فوق ذلك من وجود أعمال مادية أى سلوك خارجى من شأنه ان يولد فى ذهن المتعاقد صورة تخالف الواقع وهذه الاعمال المادية أ سماها المشرع المصرى بالحيل فنصت م ١٢٥/مدنى على أنه يجوز ابطال العقد للتدليس، اذا كانت الحيل التى لجأ اليها احد المتعاقدين.. من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد.

والحيل التى تكون العنصر الموضوعى لقيام التدليس قد تتمثل فى الكذب الذى يخرج عن حدود المألوف فى المعاملات بان يقع الكذب على بيانات معينة، يعلم ان الطرف الآخر يوليها أهمية خاصة. من ذلك كذب البائع فى شأن البلد التى صنعت البضاعة وكذب المؤمن له فى البيانات التى يسأل عنها المؤمن «شركة التأمين» بشأن الخطر المؤمن منه. اما الكذب الذى يدخل فى إمتداح أوصاف البضاعة، وغير ذلك فلا يكفى لقيام الحيل المعتبرة عنصراً موضوعياً لقيام التدليس.

والكتمان، كالكذب، لا يعتبر مكونا للعنصر الموضوعى فى التدليس الا اذا تعلق بواقعه يكون على المتعاقد اعلام الطرف الآخر بها. كما فى عقد التأمين حيث يقع على المؤمن له الالتزام باطلاع المؤمن على جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه.

شروط الابطال للتدليس:

١٧٨- فضلا عن توافر عنصرى التدليس نية الخداع، والوسائل الاحتيالية يلزم توافر شرطين هما ان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد وان يكون التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر بان يكون صادرا منه او على علم به او كان بامكانه ان يعلم به .

الشرط الأول: أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد:

وهذا الشرط لا يتوافر الا اذا تبين بان المتعاقد الذى وقع ضحية الخداع ما كان ليبرم العقد، لولا تلك الحيل التى أدت به الى التضليل

والخداع، ولا يهم ان يكون الخداع بشأن ارتضاء العقد ذاته ام اقتصر على جعله يرتضى العقد بشروط أشد قسوة او ابعد مدى مما كان يقبله لولا تلك الحيل.

الشرط الثانى: اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس:

التدليس الصادر من الغير، لايؤدى إلى ابطال العقد الا اذا ثبت بان المتعاقد الآخر، كان يعلم به، أو كان من السهل عليه ان يتبينه.

إثبات التدليس وأثره:

١٧٩- التدليس كالغلط يجوز إثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها القرائن وعلى من يدعى التدليس اثبات عناصره وتوفر شروطه اى بإثبات انه كان دافعا الى التعاقد وانه صدر من الطرف الاخر أو صدر من الغير، ولكن المتعاقد الآخر كان يعلم به، أو من المفروض حتما ان يعلم به.

- وبإثبات عناصر التدليس وشرائطه يكون العقد قابلا للإبطال.

فإذا لم تحقق شروط التدليس، لا يكون العقد باطلا ويجوز مع ذلك للمدلس عليه المطالبة بالتعويض على اعتبار ان الوسائل الاحتيالية فى التدليس عمل غير مشروع يرتب مسئولية المدلس ، ولا يجوز للمدلس عليه الجمع بين ابطال العقد ، للتدليس، والمطالبة بالتعويض على أساس العمل غير المشروع.

٣ - الإكراه:

١٨٠- الإكراه، ضغط يتعرض له احد المتعاقين فيولد فى نفسه رهبة تدفعه الى ابرام العقد. ومثال ذلك التويع على العقد لوقف الأذى المهدد به والاكراه يعيب الارادة ولا يعدمها.

١٨١- وانما يشترط لكى يعيب الاكراه، الرضى، توافر شروط ثلاثة:

١ - ان يكون ثمة وسائل ضغط او تهديد.

٢ - ان يتولد عنها رهبة تدفع الى ابرام العقد.

٣ - ان يصدر من أحد المتعاقدين او من الغير.

ونفصل -فيما يلى- ما أجملناه

الشرط الاول: أن يكون ثمة وسائل ضغط او تهديد:

اذا لم يتوافر هذا الشرط لا نكون بصدد إكراه يعيب الارادة وعلى ذلك فإن مجرد النفوذ الأدبى لشخص على آخر لا يفسد الرضا من ذلك نفوذ الأب علي ابنه والرئيس على مرءوسيه والمعلم على تلميذه ونحو ذلك ولذا فبعد ان نصت م ١٢٧/ مدنى على أنه يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطن رهبة بعثها المتعاقد الاخر فى نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس - تابعت تقول بأن الرهبة تكون قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها ان خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس، أو الجسم، أو الشرف، او المال.

ويبين من النص بان المشرع يشترط فى الخطر المهدد به ان يكون جسيما حالا كما يشترط ان تكون الرهبة قائمة على أساس أى باستعمال وسائل غير مشروعة لغرض غير مشروع ومثال ذلك تهديد شخص بقتله اذا لم يوقع على العقد فإذا كانت الوسائل مشروعة فى ذاتها ويقصد منا الوصول الى غرض مشروع فلا يبطل العقد للإكراه ومن ذلك مثلا تهديد الدائن لمدينه برفع دعوي إشهار إفلاسه لأجل الوفاء بما عليه من ديون.

الشرط الثانى: ان تولد وسائل الضغط غير المشروعه ، فى نفس المتعاقد رهبة تدفعه الى التعاقد.

نسارع للتنويه بأن مسألة تقدير هذه الرهبة - ذاتية - أى ينظر فيها الى شخص المتعاقد نفسه لا الى الشخص المعتاد لذا نصت الفقرة الثالثة من المادة١٢٧ على أنه يراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه إن يؤثر فى جسامة الاكراه.

- ويجب - فوق ذلك - ان تكون الرهبة التى ولدتها وسائل الضغط غير المشروعة هى الدافع على ابرام العقد.

واذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطال العقد ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر، كان يعلم، أو كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه.

٤ – الاستغلال :

١٨٢ . المقصود بالاستغلال عدم التعادل الفاحش أو الفادح أو الجسيم بين التزامات احد المتعاقدين مع ما حصل عليه المتعاقد الاخر من فائدة بموجب العقد، او مع التزام هذا المتعاقد الاخر اذا ثبت ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا عن طيش بين او هوى جامح.

١٨٣– ويبين من تعريف الاستغلال انه يقوم على عنصرين :نفسى، ومادى.

أولاً: العنصر المادى:

يتحقق العنصر المادي فى الاستغلال بعدم التعادل الفاحش او الجسيم بين الاداءات المقابلة فعدم التعادل بذاته، لا يكفى لقيام الركن المادى، مما لم يكن جسيا او فادحا او فاحشا وهو ما عبرت عنه المادة١٢٩/مدنى، بقولها «اذا كانت الزامات احد المتعاقدين تعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، او مع التزامات المتعاقد الاخر.

ويترك تقدير، عدم التعادل المكون للعنصر المادى لمحكمة الموضوع بدون رقابة من محكمة النقض.

ثانياً: العنصر النفسى:

إن عدم التعادل بذاته لا يكفى لقيام الاستغلال حتى ولو كان جسيما

او فاحشا وانما يلزم – فوق ذلك ان يكون عدم التعادل هذا تولد عن استغلال احد المتعاقدين حالة الطيش البين، او الهوى الجامح فى المتعاقد الاخر.

والطيش البين، هو الخفة الزائدة التى تؤدى الى التسرع وسوء التقدير ما الهوى الجامح فيقصد به الرغب الشديدة التى تجعل المتعاقد غير قادر على تبين مصالحه.

ومثال ذلك – كما جاء فى أحكام القضاء المصرى – أن تعمد زوجة شابة الى استغلال هوى زوجها الطاعن فى السن فتستكتبه لنفسها او لأولادها ما تشاء من العقود إضرارا بمصالح زوجته الأولى(١)

أثر الاستغلال:

١٨٤ – اذا تحققت عناصر الاستغلال، وتوافرت شرائطه جاز للقاضى بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال ان يقضى بانقاص التزاماته اذا رأى أن فى ذلك الانقاص ما يكفى لرفع الاجحاف عنه.

– ويجوز للقاضى فضلا عن إنقاص التزمات أحد المتعاقدين ان يقضى بإبطال العقد.

– ويجوز فى عقود المعاوضات للطرف الآخر ان يتوقى دعوى الإبطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن(٢)

(١) نقض ٢٨ اكتوبر ١٩٣٧، جموعة مر، ج ٢ ، رقم ٦٦ و ص ١٧٨، البدراوى ، ص ٢٩٣، ج ١.
(٢) عبد الباقي، ص ٢٩٨.

- وفى كل الحالات، يجب ان ترفع الدعوى بإبطال العقد، او إنقاص الالتزامات تأسيسا على الاستغلال خلال سنة من تاريخ ابرام العقد، والا كانت غير مقبول.

الفرع الثانى

محل العقد

١٨٥- لكل عقد محل، هو العملية القانونية التى يراد تحقيقبها عن طري التراضى ومحل العقد يتنوع بحسب الغاية التى يسعى أطراف العلاقة التعاقدية الى تحقيقها.

وعلى ذلك يكون محل عقد البيع مثلا، هو نقل الملكية فى مقابل ثمن مادى، ومحل عقد المقاولة تقديم عمل أو خدمة مقابل أجر، ومحل عقد الايجار الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة وهكذا يتنوع محل العقد بتنوع الغايات التي يسعى اليها أطرافه.

ولا يتحقق محل العقد الا عن طريق انشاء عدة التزامات على عاتق طرفيه تسمى بمحل الالتزام فإذا كان محل عقد البيع - فيما ذكرنا- نقل الملكية مقابل ثمن فان محل التزام البائع وهو نقل الملكية ومحل التزام المشترى دفع الثمن فى الموعد المحدد وتبعا لذلك، فإن محل العقد هو مجموع محال الالتزامات الناشئة عنه وبمعنى أخر إذا اكتملت شرائط محل التزام اطراف العقد أمكن القول بأن شروط محل العقد قد تحققت.

وتختلف شروط محل الالترام بحسب ما اذا كان محل الالتزام شيئا او عملا.

فإذا كان محل الالتزام شيئا وجب ان يكون هذا الشئ موجودا او قابلا للوجود وأن يكون الشئ داخلا فى دائرة التعامل وان يكون معينا او قابلا للتعيين.

وإذا كان محل الالتزام عملا او امتناعا عن عمل، وجب ان تتوفر له الشرائط الآتية:

١ – ان يكون ممكنا،

٢ – ان يكون مشروعا.

٣ – ان يكون عملا شخصيا من جان المدين.

اما محل العقد فلا يشترط فيه سوي الا يخالف النظام العام الآداب.

الفرع الثالث

السبب

١٨٦ - قد يقصد بالسبب، سبب الالتزام وهو الاجابة عن السؤال لماذا يلتزم المدين؟(١) أى لماذا يلتزم المقاول بتقديم الخدمة؟ والاجابة لأن العميل يلتزم بدفع الأجر ولماذا يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع؟ والاجابة لأن المشترى يلتزم بدفع الثمن وهكذا لا يوجد التزام بدون سبب.

وقد يقصد بالسبب. الباعث الدافع على إبرام العقد، وهذا هو سبب العقد، ويشترط الا يكون مخالفا للنظام العام والآداب.

وقد جمع المشرع المصرى، بين سبب الالتزام وسبب العقد.

المطلب الثانى

جزاء تخلف أركان انعقاد العقد، وشرائط صحته

١٨٧- قدمنا - فيما سبق - ان أركانا ثلاثة يجب توافرها لانعقاد العقد، الرضا، والمحل، والسبب، و على ذلك اذا انعدم الرضا لانعدام الأهلية او لعدم تطابق الارادتين اختل ركن التراضى فلا ينعقد العقد، وبعبارة أخرى يكون باطلا بطلانا مطلقا.

واذا تخلف شرط فى محل الالتزام، او كان محل العقد، مخالفا للنظام العام والاداب، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، وبدا، فإن البطلان المطلق هو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد.

وعلى عكس ذلك، إذ ا وجد التراضي، ولكنه لم يكن صحيحا، إما لنقص اهلية أحد المتعاقدين أو لتعيب ارادته بعيب من عيوب الارادة كان العقد قابلا للإبطال، او باطلا بطلانا نسبيا، فالبطلان النسبي، هو الجزاء المترتب على تخلف شرط من شروط صحة الرضا أى بصدورة عن ناقص أهلية او من شخص تعيبت إرادته بعيب من عيوب الرضا.

الفرق بين البطلان وغيره من الأنظمة القانونية:

١٨٨- ينبغى التفرقة بين البطلان وغيره من الأنظمة القانونية التى قد تقترب منه او تختلط به ومن ذلك مثلا عدم الاحتجاج بالعقد فى مواجهة الغير والفسخ ووقف العقد.

فيختلف البطلان - بداية - عن عدم الاحتجاج بالعقد فى مواجهة الغير ر- ذلك ان البطلان - جزاء قواعد تكوين العقد أركانه- وشروط صحته يترتب عليه اعتبار لعقد كأ ن لم يكن سواء فيما بين المتعاقدين او بالنسبة للغير اما عدم الاحتجاج بالعقد فى مواجهة الغير فمعناه ان العقد موجود فيما بين المتعاقدين - ينتج جميع آثاره فيما بينهما - ولكنه لا يسرى فى مواجهة الغير. ومثال ذلك، العقد الذى يبرمه المدين المعسر بقصد الإضرار بدائنيه صحيح فيما بين اطرافه المدين والمتصرف اليه ولكنه لا يكون نافذا فى مواجهة الدائن، إذا طعن عليه بالدعوى البوليصية والرهن، إذا تم قيده كان نافذا فى مواجهة الغير، فإذا لم يقيد لا يكون باطلاً وإنما لا تسرى آثاره فى مواجهة الغير.

كما يختلف البطلان على الفسخ وتفسير ذلك ان البطلان - فيما ذكرنا - جزاء على قواعد انعقاد العقد (الرضا، والمحل، والسبب) اما الفسخ فيفترض ان العقد ولد صحيحا اى توافرت اركانه وعناصر صحته ولكن المدين تخلف عن تنفيذ التزام من الالتزامات التى ولدها العقد فيجوز للمتعاقد الاخر المطالبة بفسخه فبينما البطلان جزاء على تخلف قاعد انعقاد العقد، فان النسخ جزاء على قواعد تنفيذ العقد.

ويختلف العقد الباطل عن العقد الموقوف، فالأول، يعنى ان العقد كأن لم يكن بصفة نهائية.

ويختلف العقد القابل للإبطال، او الباطل بطلانا نسبيا عن العقد الموقوف المعروف فى فقه الشريعة الاسلامية، فالأول عقد صحيح منتج لكل

آثاره ولكنه مهدد بالزوال اذا تمسك من وضع البطلان لمصلحته بابطال العقد لكن العقد الموقوف.لا ينتج أى أثر إلا إذا أقره الولى، أو الوصى بينما هو عقد - فى القانون المصرى - قابل للإبطال، أى ينتج كل آثاره إلى أن يتمسك صاحب المصلحة «ناقص الأهلية» بإبطال العقد.

المبحث الثانى

آثار العقد

١٨٩ - إذا ولد العقد صحيحا باكتمال أركانه، وشرائط صحته، أنتج آثاره التى تتحصل فى إنشاء رابطة ملزمة، وبعباره أخرى، إلتزام المتعاقدين بتنفيذ العقد، ولذا نصت م ١٤٧ من القانون المدنى بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولاتعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون.

ويقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس أخلاقى واقتصادى.

ويتمثل الاساس الخلقى فى إحترام العهد المقطوع اما الأساس الاقتصادى فهو توفير الاستقرار فى المعاملات.

ويكمل مبدأ القوة الملزمة للعقد بمبدأ آخر هو وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

وإذا كانت القاعدة لزوم العقد، بحيث لا يجوز انهائه، و لا تعديله الا باتفاق اطرافه فثمة استثناء على القاعدة تتمثل فيما يلي:

أولاً : يوجد حالات يجوز فيها لأحد المتعاقدين - أى بإرادته المنفردة إنهاء العقد ، اذا وجد شرطفى العقد يجيز لأحد المتعاقدين ذلك كأن يبرم عقد توريد لمدة عشرسنوات يرد به نص يقضى بحق المورد فى إنهاء العقد بعد ثلاث سنوات مثلا بإرادته المنفردة او اذا وجد نص فى القانون يسمح

بإنهاء العقد من أحد المتعاقدين كما هو الحال فى عقود العمل غير محددة المدة حيث يجوز للعامل انهاء العقد بإرادته المنفردة حتى لا يعتبر العقد قيدا على حريته الشخصية مدي حياة العامل.

ثانياً : وهناك حالات يتدخل لفيها المشرع فيفرض رغما عن ارادة المتعاقدين انهاء العقد او تعديله من ذلك انتهاء عقد العمل بموت العامل المادة٦٩٧ المدنى وانتهاء شركة التضامن بموت أحد الشركاء المادة ٥٢٨ مدنى وإنتهاء الوكالة بموت الوكيل، أو الموكل المادة ٧١٤ مدنى،أو عندما يتدخل المشرع بتعديل سعر الفائد على العقود السارية وقت صدوره سواء بالإرتفاع او بالانخفاض.

ثالثاً : وهناك حالات يتدخل فيها القاضى بتعديل آثار العقد فى نظرية الظروف الطارئة ومعناها انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظرف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

الجزاء الذى يترتب على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى:

١٩٠- إذا كانت القاعدة وجوب تنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد، فإن التساول يثور بصدد الجزاء الذى يترتب على قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه؟ والاجابة، وجوب التنفيذ العينى للالتزام أى إجبار كل

متعاقد على تنفيذ ما التزم به عينا، اذا كان التنفيذ العينيممكنا، وطالب به الدائن، فإذا لم يكن التنفيذ العينى ممكنا، جاز للقاضى أن يحكم بالتعويض عن تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، فيما يسمى بالمسئولية العقدية. وقد نصت المادة ٢١٥ من القانون المدنى على ذلك بقولها «إذا استحال على المدين ان ينفذ التزامه عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه.

ويبين من ذلك ان القاضى لا يحكم بالتعويض الا اذا توافرت شرائط ثلاثة: الأول، وجود خطأ عقدى قد يتمثل فى عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، او التأخر فى التنفيذ، والثانى، وقوع ضرر للدائن، نشأ عن خطأ المدين سواء تمثل الضرر الذى أصاب الدائن فى ضرر مادى، أو ضرر أدبى انما يجب ان يكون الضرر مباشرا ومتوقعا، وأخيرا يجب ان يكون خطأ المدين هو السبب فى ضرر الدائن وهذا ما يطلق عليه علاقة السببية.

الفصل الثانى

الواقعة القانونية

١٩١- سبق أن بينا أن الواقعة القانونية هى فعل أو عمل مادى يرتب عليه القانون أثرا معينا. هذا الأثر إما أن يكون نشوء حق جديد، وإما أن يكون انتقال حق، أو إنقضاء هذا الحق وفى الحالة الاولى يقال ان الواقعة القانونية هى مصدر نشوء الحق، وفى الحالة الثانية، وسيله لانتقال الحق، وفى الحالة الثالثة، طريقا لانقضاء الحق.

لذا يكتسب الواقعة القانونية أهميتها ليس باعتباره فقط مصدرا لنشوء الحق، بل ايضا، وسيلة انتقال وانقضاء الحق.

اقسام الوقائع القانونية:

١٩٢- تنقسم الوقائع القانونية الى وقائع غير اختيارية؛ وقائع اختيارية.

وفى الأولى: لا دخل للإنسان فى حدوثها مثل الفيضان والزلازل والكوارث الطبيعية ويرتب عليها القانون اثرا هو انقضاء التزام المدين لسبب أجنبى لا يد له فيه.

والجوار من الوقائع غير الاختيارية ويرتب عليها القانون أثرا يتعلق بالالتزامات المتبادلة بين الجيران.

ومثل ذلك ايضا وقائع الموت، التى ترتب نشوء الحق فى الإث وواقعة الميلاد التى ترتب الحق فى النفقة.

وفيما يتعلب بالوقائع الاختيارية وهى التى تقع بفعل الانسان أى بإرادته واختياره وهى إما أن تكون مشروعة كالفعل النافع الذى يؤدى الى إثراء شخص على حساب فاعله.

أو غير مشروعه كالفعل الضار وفى الحالتين يرتب القانون عليها آثارا معينة فى الحالة الاولى يلزم المثرى فى حدود ما اثرى بتعويض من افتقر عما لحق من خسارة(١).

وفى الحالة الثانية، يلتزم المخطئ بالتعويض قبل المضرور(٢).

ونخلص من ذلك ان الواقعة القانونية يمكن ان تكون مصدرا للحق الشخصى ويتمثل ذلك فى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، ويمكن ايضا ان تكون مصدرا للحق العينى.

---

(١) م ١٦٣ مدنى مصرى «؛كل فعل سبب ضررا للغير، يلزم فاعله بالتعويض».

(٢) م ١٧٩ مدنى «كل شبخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى» به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة.

المطلب الأول

الواقعة القانونية كمصدر للحق الشخصى

١٩٣- الواقعة القانونية مصدر الحق الشخصى تتمثل فى العمل غير المشروع بالمادة١٦٣ مدنى ومابعدها والإثراء بلا سبب بالمادة ١٧٩ مدنى.

الفرع الأول

العمل غير المشروع «الفعل الضار»

١٩٤- تنص م ١٦٣ مدنى على أنه «كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض» فالفعل الضار هنا مصدر لالتزام المخطئ بالتعويض وقد بينت هذه المادة أركان المسئولية التقصيرية وهى: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، وعند اجتماع هذه الاركان الثلاثة ينشأ للمضرور الحق فى التعويض.

١٩٥ - ونحن نوضح بداية هذه الاركان، ثم أحكام التعويض كجزاء للمسئولية المدنية.

١ - الخطأ: يعرف الخطأ بأنه إخلال بما يفرضه القانون من التزام مع إدراك المخل لذلك.

فالخطأ هو إذن إنحراف او تعد عن سلوك الشخص المعتاد من

أواسط الناس، وعن توافر الادراك لدى المعتدي بالواجب القانوني ومن هذا التعريف نجد ان للخطأ عنصرين هما: عنصر مادي، وهو الإخلال او الانحراف او التعدى، وعنصر معنوى، وهو الادراك والتمييز.

أ – العنصر المادى – التعدى:

قد يكون الواجب القانونى محددا، وعندئذ يعتبر الخروج عليه خطأ يرتب المسئولية المدنية اذا سبب ضررا للغير.

فقانون المرور يحدد لقائدي السيارات السير على يمين الطريق، وعدم تجاوز حد معين من السرعة ومخالفة هذا الواجب المحدد يعد انحرافا مكونا للخطأ.

وفى غير الحالات التي يوجد فى صددها نصوص قانونية محددة، فالأصل هو حرية الانسان فيما يأتيه من عمل، او الامتناع عن عمل وبالتالي،فإن الانسان لا يسأل كقاعدة عامة عن سلوكه فى هذا الشأن بشرط الا ينحرف عن السلوك الطبيعى او المعتاد بما يؤدى إلى الإضرار بالغير(١).

ويعتبرالسلوك مخطئا اذا انحرف عن سلوك الرجل المعتاد، فتقدير الانحراف او التعدى يؤخذ فيه بمعيار موضوعى يقاسب سلوك الشخص متوسط الذكاء ولا يؤخذ فيه بمعيار شخصى أو ذاتى بمقياس المعتدى نفسه فإذا لم يكن سلوك الشخص أى بالنظر الى شخص متوسط الذكاء – تعديا، فإن ركن الخطأ لا يقوم.

(١) فى هذا المعنى: حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

ومثال ذلك ان يرتكب (أ) حادثة بسيارته، فإن تقدير الخطأ لا يراعى فيه ظروف قائد المركبة الشخصية من حيث طباعه وحالته النفسية، وضعف بصره وحالته الصحية بل يقارن مسلك الشخص بالمسلك الذى كان يتبعه الرجل المعتاد اذا وجد فى نفس الظروف الخارجية.

أى أنه لا يقاس بمعيار ذاتى، أو بمعيار المخطئ نفسه بل بمعيار موضوعى يعتد فيه بالظروف الخارجية للحادث، مثل الزمان والمكان والقيادة تحت الامطار أو القيادة فى المدينة أو الريف.... إلخ(١)

١ – العنصر المعنوى: الادراك أو التمييز:

١٩٧– من نافلة القول ان يكون خطاب المشرع موجهاً الى أشخاص يمكنهم ادراك وتمييز هذا الخطاب بشأن الواجبات القانونية وعلى ذلك فان عديم الادراك والتمييز يعد عديم المسئولية (٢).

ويكفى لقيام المسئولية عن الخطأ ان يتوافر التمييز (م ١٦٤/١ مدنى) ولا يشترط بلوغ سن الرشد، فالصبى الذى بلغ سن السابعة يكون مسؤلا مسئولية تقصيرية ، والذى لا يسأل فقط هو عدم التمييز أى المجنون والطفل قبل سن السابعة.

والعبرة فى وجود التمييز او عدمه هو وقت ارتكاب الفعل الضار أو الخطأ فإذا ارتكب الشخص خطأ وكان عديم التمييز، لا يسأل حتى ولو كان بعد ذلك مميزاً والعكس صحيح.

---

(١) يكون مسلك المتعدى مشروعا اذا كان فى حالة دفاع شرعى، أو حالة الضرورة، أو كان ينفذ أمرا صادرا من رئيس. – انظر م ٥٩ مدنى.

(٢) أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٨٢، وما بعدها.

ومع ذلك فقد نصت المادة ٢/١٦٤ مدنى على أنه «إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول علي تعويض من المسئول جاز للقاضى ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مصلحة الخصوم».

والمتأمل بالنص يرى بأنه يعرض للحالة التى يكون فيها السلوك الخاطئ لعديم التمييز قد سبب أضرارا فادحة للغير، بينما يكون ثرياً واسع الثراء لذلك ألزمه المشرع بدفع تعويض عادل.

الركن الثاني: الضرر

١٩٨ – الضرر: هو الخسارة التي تلحق بحق من الحقوق او مصلحة من مصالح الانسان سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية.

من هذا التعريف نرى أن الضرر نوعان:

ضرر مادى، يصيب الانسان فى جسمه أو ماله، ضرر أدبى، يصيب الانسان فى شرفه واعتباره.

والثابت أن الضرر ليس فقط ركنا فى المسئولية التقصيرية بل وايضا فى المسئولية التعاقدية والقاعدة ان إنتفاء الضرر يعنى انعدام المصلحة فى التعويض ومعروف انه لا دعوى بلا مصلحة.

و يشترط ان يكون الضرر محققا، ولا يعنى ذلك ان يتحقق الضرر فعلا بمجرد التعدى، بل يكفى ان يكون محققا مستقبلا فالقانون يعتد إذن بالضرر المستقبل على أن يكون مؤكد الحدوث وليس محتمل الحدوث.

الركن الثالث: علاقة السببية:

١٩٩- المقصود بعلاقة السببية ان يكون الضرر قد سببه الخطأ او ان يكون الضرر هو النتيجة الطبيعية للخطأ. فإذا دس (أ) السم ل (ب) وتناوله الأخير ومات فعلاقة السببية تتحقق هنا بين الخطأ والضرر.

وفى نفس المثال لو افترضنا ان جاء (ج) وأطلق عيارا ناريا على (ب) فأراده قتيلا فإن علاقة السببية تتقطع بين دس السم من (أ) وموت (ب) فيشترط إذن ان تكون علاقة السببية مباشرة وتنتفى رابطة السببية بتحقق السبب الأجنبى، مثل القوة القاهرة، والحادث الفجائى وخطأ المضرور وخطأ الغير.

ثانياً: التعويض: جزاء المسئولية المدنية:

٢٠٠- عندما يرتكب الشخص جريمة من الجرائم فإن الجزاء على ذلك هو العقوبة الجنائية وهى تستهدف الردع والزجر حتي لا يعود الجانى إلى ارتكاب الفعل المجرم وقد يكون لها ايضا وظيفة وقائية وعلى العكس من ذلك فان التعويض المدنى يقصد به جبر الضرر الذى أصاب المضرور من جراء الخطأ الذى وقع. والتعويض يمكن ان يكون تعويضا نقديا او عينيا.

والتعويض النقدى هو الحكم على المخطئ بمبلغ من النقود لصالح المضرور لجبر الضرر وغالبا ما يقضى بالتعويض فى المسئولية التقصيرية.

ويترك لقاضى الموضوع سلطة تقدير المبلغ المناسب لجبر الضرر

الذى وقع ويسترشد القاضى فى ذلك مثلا بطلب المضرور وظروف الحال، وهو يقاس عادة على أساس الضرر الذى لحق المدعى، وهو يشمل الخسارة التى لحقت المدعي والكسب الذى فاته(١) وفى كل الحالات فإن قياس الضرر فى المسئولية التقصيرية يختلف عنه فى المسئولية العقدية.

وإذا كانت جسامة الخطأ وظروف المتعدى الشخصية من فقر وثراء، لا يعتد بها فى تقدير التعويض الا ان المحاكم فى مصر وفرنسا تتجه الى زيادة المبلغ المحكوم به اذا كان الخطأ جسيما او كان المتعدى ثريا والى إنقاص التعويض فى حالة فقر المتعدى، أو إذا كان الخطأ يسيرا.

والعبرة فى تقدير التعويض بمقدار الضرر وقت صدور الحكم وليس وقت وقوع الضرر، ولا وقت رفع الدعوى.(٢)

---

(١) فيما عدا حالة الغش او الخطأ الجسيم، فيسأل فيها المدين عن كافة الاضرار التى لحقت الدائن سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة.

(٢) أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٨٦.

الفرع الثانى

الإثراء بلا سبب «العمل النافع»

٢٠١ – الأصل العام فى القانون المدنى أن كل شخص، ولو كان غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة وقد نص على هذا المبدأ فى المادة ٧٩ ١ مدنى

ووردت تطبيقات تشريعية على الإثراء بلا سبب فى المادة ١٨١ مدنى التي تتعلق بدفع غير المستحق، وفى المادة ١٨٨ مدنى الخاصة بأحكام الفضالة.

٢٠٢– ونعرض بداية للمبدأ العام فى الإثراء بل سبب، ثم نتناول تطبيقات تشرعية له فى أحكام دفع غير المستحق وأحكام الفضالة بإيجاز(١).

١ – المبدأ العام فى الاثراء بلا سبب:

ذكرنا ان المشرع يأخذ – كقاعدة عامة – باعتبار ان كل من اثرى على حساب شخص آخر بدون سبب قانونى يلتزم بتعويضه.

---

(١) ونحيل فى ذلك الى المؤلفات الخاصة بالمصادر اللاإرادية للالتزام :.مثلاً حسن عبد الرحمن قدوس، المصادر اللاإرادية للالتزام، ط ١٩٩٠، وانظر ايضا بإيجاز: أحمد شوقى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٨٥، وما بعدها– السنهورى، الوسيط، مصادر الالتزام، ص ١٢٢ وما بعدها.

ويتضح ان شرط تطبيق المبدأ هى :

أولاً : إثراء المدين المدعى عليه والإثراء قد يكون ماديا وقد يكون معنويا.

ثانياً : افتقار الدائن «المدعى» فإذا لم يوجد افتقار فى جانب أحد فلا يلتزم المثرى بشئ.

ويجب ان يكون افتقار الدائن هو الذى تسبب فى إثراء المدين بمعنى انه ينبغى توافر علاقة السببية بين الافتقار والإثراء.

٢ - انعدام السبب القانونى:

وانعدام السبب القانونى هو الذي يبرر التزام المثرى بتعويض المفتقر.

٣ - التطبيقات التشريعية لقاعدة الاثراء بلا سبب:

– قدمنا بأن اهم هذه التطبيقات التشريعية هى دفع غيرا المستحق، والفضالة

أولاً : دفع غير المستحق:

٢٠٣– هو الوفاء بدين غير واجب على الموفى. فينشأ التزام فى ذمة الموفى له برد ما استوفاه بدون حق.

وقد نصت المادة١٨١ مدنى على أن كل من تسلم علي سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه أداؤه».

ودفع غير المستحق ينشأ اساسا من الوفاء المعيب، بما فى ذلك مثلاً الوارث الذى يوفى دينا يتوهم انه على التركة ثم يتضح فيما بعد ان التركة غير محملة بأية ديون.

كذلك الحال فى الوفاء بدين معلق على شرط لم يتحقق، او الوفاء بدين سبق الوفاء به وانقضى.

فشروط دفع غير المستحق، هي أن يحصل وفاء وان يكون هذا الوفاء معيبا.

والوفاء بغير المستحق يعتبر تطبيقا تشريعيا للاثراء بلا سبب لأن من يستوفى ما ليس له حق فيه يثرى على حساب الموفى بدون سبب، ولهذا فهو يلتزم بالرد.

وجدير بالملاحظة أن مقدار ما يلتزم الموفى له برده يتوقف على ما إذا كان حسن النية اى يعتقد ان يتلقى من الموفى حقا له او اذا كان سيئ النية يعلم ان ما يتلقاه ليس مستحقا له.

فى الحالة الاولى نصت المادة ٢/٨٥ مدنى إلى أنه اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم ان يرد الا ما تسلم.

وفى الحالة الثانية: تابع النص بأنه اذا كان سيئ النية فانه يلتزم

بأن يرد ايضا الفوائد والارباح التى جناها، وتلك التي قصر فى جنيها من الشئ الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي اصبح فيه سيئ النية.

ثانيا الفضالة(١)

٢٠٤- الفضالة هى تولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون ان يكون ملزما بذلك.

ويضرب الفقه مثلاً على الفضالة ان يتولى شخص اسعاف آخر من اصابة مفاجئة أو يتولي الجار إقامة جدار لمنع سقوط منزل جاره، وطرفى الفضالة هما المتدخل فى شئون الغير ويطلق عليه الفضولى، ومن يتم التدخل لمصلحته ويسمي رب العمل.

وتنص المادة ١٩٥ مدنى على أن الفضولى يعتبر نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص المعتاد. ولو لم يتحقق النتيجة المرجوة.

وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بان ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه وان يعوضه عن التعهدات التى التزم بها وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها فوائد من يوم دفعها وان يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولى اجرا على عمله الا ان يكون عن اعمال مهنته.

(١) راجع نص م ١٨٨ مدنى، وانظر السنهورى، المرجع السابق، ص ١٢٢٨ وما بعدها.

ومن هذا النص يبين ان التزامات رب العمل تتحدد فيما يلي:

أولاً: تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عن رب العمل.

ثانياً : تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها باسمه شخصيا .

ثالثاً : ويلتزم بان يرد النفقات الضرورية والنافعة، ان يدفع له اجرا على عمله.

رابعاً : وأخيرا يلتزم رب العمل بتعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل.

كما تتحدد التزامات الفضولى فيما يلي:

اولاً: يلتزم الفضولى بأن يمضى فى العمل الذى بدأ القيام به الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

ثانياً : يلتزم الفضولى بأن يخطر رب العمل متى استطاع ذلك حتي يستطيع الاخير ان يباشرالعمل بنفسه ويمنع الفضولى اذا كان ذلك مناسبا الاستمرار فى العمل الذى بدأه.

ثالثاً : كمايلتزم الفضولى بأن يبذل فى قيامه بالعمل عناية الشخص المعتاد، أى ينبغى الا ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى وأخيرا يلتزم الفضولى بتقديم حساب لرب العمل كمايلتزم بأن يرد الى رب العمل ما يكون قد استولى عليه بسبب الفضالة

المطلب الثاني

الواقعة القانونية كمصدر للحقوق العينية

٢٠٥- إذا كانت الواقعة القانونية كما رأينا مصدرا للحقوق الشخصية أو الالتزامات كما هو الحال فى العمل غيرا المشروع والاثراء بلا سبب فانها ايضاً مصدر للحقوق العينية .

وقد حدد القانون وقائع قانونية معينة باعتبارها مصدرا لاكتساب الحقوق العينية منها الحيازة، والاستيلاء، والشفعة، والميراث، والالتصاق.

أولاً : الحيازة :

٢٠٦- الحيازة هى سيطرة مادية على شئ مادى «عقار او منقول» بقصد اكتساب حق ملكية او أي حق عينى آخر عليه ويظهر الحائز فى الحيازة بمظهر المالك او صاحب الحق العينى.

ويكتسب الحائز - بشروط معينة - الملكية عند وضع يده علي شئ غير مملوك له . ان الحيازة لكى توجد لا بد من توافر عنصرين.

عنصر مادى يتمثل فى وضع اليد على الشئ. وعنصر معنوى هو نية التملك(١) أى أن يكون الحائز قد أراد الحيازة لحساب نفسه.

فإذا توافرت الحيازة بعنصريها فإنها تؤدى إلى اكتساب الحق العينى على العقار او المنقول ويفرق هنا بين فرضين.

---

(١) انظر تفاصيل ذلك عند عبد المنعم البدراوى، حق الملكية، ص ٤٢٥ وما بعدها حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص ٢١١.

الفرض الأول : ويكون فيه الحائز حسن النية، وحسن النية معناه ان يضع يده على الشئ معتقدا انه المالك ، فى هذا الفرض تنص م ٩٧٦ مدنى على اكتساب حق الملكية على العقاراذا توافرت الحيازة واستمرت لمدة خمس سنوات بشرط تواتفر حسن النية، والسبب الصحيح عن العقار.

وبالنسبة للمنقول تنص م ١/٩٧٦ مدنى على أنه «من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول، أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقعت الحيازة.

الفرض الثانى : أن يكون الحائز لعقار أو منقول قد إمتدت حيازته أكثر من خمس عشرة عاما دون انقطاع. وهذه املدة بذاتها تكفى لاكتساب الحق العينى بصرف النظر عن أية شروط أخرى، فلا يشترط ان يكون الحائز حسين النية ولا يشترط ان يكون قد توافر لديه السبب الصحيح.

وإجمآلاً لما تقدم فإن الحيازة فى المنقول سند الحائز اذا كان حسن النية.

واذا توافر حسن النية والسبب الصحيح واستمرت الحيازة مدة خمس سنوات فان الحائز يكتسب الحق العينى على العقار .

فإذا استمرت الحيازة مدة أكثر من خمس عشر عاما فإن ذلك يكفى لاكتساب الحائز الحق العينى دون اية شروط أخرى.

ثانياً: الاستيلاء:

٢٠٧- يتم اكتساب الملكية بالاستيلاء عندما يضع شخص يده على شئ منقول او عقار بنية تملكه.

وفيما يتعلق بالمنقول أوضحت م ٨٧٠ مدنى أن «من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه».

والمقصود بالمنقول الذى لا مالك له هى المنقولات المباحة كالطيور في الهواء، والسمك فى الماء، والحيوانات التى لا مالك لها.

ومع ذلك فان الاستيلاء لا ينطبق على المنقولات الأثرية(١) ولا على أملاك الدولة العامة أو المخصصة لمنفعة عامه(٢)

---

(١) وهى تخضع لأحكام القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ وانظر ايضا احكام الاشياء الضائعة واحكام الكنز المدفون او المخبوء، حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢١٣ وما بعدها.
(٢) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

ثالثاً : الالتصاق

٢٠٨ - يعرف الالتصاق بانه «اندماج شيئين غير مملوكين لشخص واحد، وفيه يكتسب الشخص ملكية شئ لا يمتلكه لاندماجه فى شئ آخر يمتلكه بقوة القانون او بحكم القضاء(١).

والالتصاق قد يحدث فعل الطبيعة كالطمى الذي يلتصق بالأرض ويؤدى الى اتساع رقعتها.

والالتصاق من الوقائع القانونية التى ترتب ملكية مالك الشئ الاصلى للشئ التابع فصاحب الارض يكون مالكا لما يقام عليها من بناء ويقرر للبانى الحق فى التعويض، حيث يتحدد مداه وفقا لحسن نيته اوسوء نيته(٢).

وقد نصت المادة ٩١٨ مدنى على أن «الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين.

وفيما يتعلق بالمنقول نصت المادة ٩٣١ مدنى على أنه اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما».

وبالتالى فقد يحكم القاضى بالملكية لأحد المالكين وقد يقضي ببيع الشئ وقسمة الثمن بين الطرفين.

(١) انظر جمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢١٤، بند ١٣٧.
(٢) أحمد شوقى عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

الباب الثالث

إثبات الحقوق

الباب الثالث

اثبات الحق

تمهيد وتقسيم:

٢٠٩- المقصود بإثبات الحق هو اقامة الدليل على وجوده وهي مسألة مهمة فلا معنى لحق لا يقوم دليل عليه ويسر ذلك ان الحق فيما قدمنا سلطة تخول صاحبها التمتع بميزات او مكنات معين، ولا يمكن لصاحب الحق ان يتمتع بالمزايا او المكنات المذكورة الا اذا كان حقه معترفا به من الكافة لا ينازعه فيه أحد فان كان حقه محل نزاع ينبغى عليه ان يلجأ الى المحكمة المختصة لفض النزاع وتمكينه من التمتع بالمزايا التى يمنحها الحق لصاحبه وعندها تتضح أهمية الاثبات(١) خصوصا وان الشخص لا يستطيع ان يقتضى حقه بنفسه وعلى ذلك.

إذا أصاب (أ) بسيارته شخصا يسير فى الطريق فسبب له ضررا فلا يستطيع المصاب ان يحصل على حقه فى التعويض الا اذا أقام الدليل على خطأ (أ).

- واذا أقرض (أ) مبلغا من المال إلي (ب) فلا يستطيع ان يطالب بحقه امام المحكمة إلا اذا اقما الدليل على واقعة القرض.

---

(١) سلميان مرقس / اصول الاثبات، وإجراءاته فى المواد المدينة / ط ٤/ ١٩٨١ - ص ٣، وبعدها وقد عبرت المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات ١٩٦٨/٢٥ عن أهمية الاثبات بقولها انه الحقيتجرد من كل قيمة اذا لم يقم الدليل على الحادث الذى يستند اليه فالدليل هو قوم حياته، معقد النفع فيه حتى صدق القول بان الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعه فيه هو والعدم سواء، وانظر ايضا مجموعة الاعمال التحضيرية للقانن المدنى ج ٣/ ص ٣٤٩.

وعليه يبدو الارتباط واضحا بين الحق واثباته ولا معنى للأول فيما رأينا بدون الثانى.

ونعرض لاثبات الحقوق فى مسائل ثلاث : الأولى محل الاثبات، والثانية عبء الاثبات، والثالثة فى طرق الاثبات او ادلته.

- محل الاثبات :

٢١٠- الحقوق لا تنشأ ولا تنقضى إلا بواقعة قانونية فالوقائع القانونية هى مصادر الحقوق واسباب انقضائها وبذا ينبغى على من يدعى وجود حق او انقضائه اقامة الدليل على صحة إدعائه ولا يكون ذلك الا بطريق اثبات الواقعة القانونية التي يترتب عليها نشوء الحق اوانقضاء الالتزام فى ذمته.

فإذا نجح المدعى فى إثبات صحة ما يدعيه رتب القاضى على ذلك اثرا مهماً هو الحكم بثبوت حقه او انتقاء الالتزام فى ذمته بحسب الاحوال

وتبعا لذلك يكون محل الاثبات ليس الحقوق فى ذاتها بل الوقائع القانونية التى تعتبر مصدرا للحق او سببا من اسباب انقضائه.

وعلى ذلك اذا ادعى (أ) بمديونية (ب) بخمسة الاف جنيه وجب اثبات ذلك امام المكمة فإن فعل نشأ له حق الدائنية فى مواجهة المدين(ب)

وإذا ادعى شخص بنصيبه فى الارث عن ابيه وجب عليه اثبات مسألتين الاولى وفاة الاب والثانية ثبوت نسبه من ابيه فإن فعل ترتب على ذلك ثبوت حق الارث لهذا الشخص.

ونلفت النظر بان الوقائع القانونية التى تعتبر مصدرا للحقوق إما أن تكون وقائع مادية أو تصرفات قانونية.

والوقائع المادية تشمل الوقائع الطبيعية كالوفاة التى يترتب عليها حق الارث كما تشمل الافعال المادية وهى التى تصدر عن الانسان كالعمل غير المشروع الذى يرتب فى مواجهة المضرور الحق فى التعويض.

اما التصرفات القانونية فهى إتجاه الارادة الى إحداث اثر قانونى معين بتوافق ارادتين أى العقد، او بالارادة المنفردة والفرق بين الوقائع المادية والتصرفات القانونية او الاولي يمكن اقامة الدليل عليها بجميع طرق الاثبات والثانية تثبتاصلا بالكتابة اذا جاوزت قيمة التصرف حدا معينا.

والثابت فيما قدمنا بأن القاعدة القانونية ليست محلا للاثبات بمعنى أنه اذا تم اثبات الواقعة التى يجعلها القانون مصدرا للحق فان المكلف بالاثبات لا يلزم باقامة الدليل على القاعدة القانونية التي تقرر الحق كأثر للواقعة التى تم اثباتها بل ينبغى على القاضي العلم بها ويطبقها على النزاع دون ان يكلف الخصوم باثباتها.

ومع ذلك يتعين تكليف الخصم بإثبات القاعدة القانونية التى تطبق على النزاع فى حالات استثنائية أهمها:

إذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق مصدرها العرف وكان العرف محليا بحيث لا يمكن عقلا افتراض علم القاضى به فيكون على الطرف الذى يتمسك به اثباته.

إذا كان مصدرالقاعدة القانونية عادة اتفاقية فعلى من يتمسك بها اقامة الدليل عليها(١).

وإذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هى قاعدة قانون اجنبى تقضى قواعد الاسناد بتطبيقها يتعين على الخصم اثباته(٢)

وفى كل الحالات فانه يشترط فى الواقعة القانونية محل الاثبات ان تكون ذات صلة بالحق المتنازع فيه وأن تكون منتجة فى الاثبات أى أن يؤدى ثبوتها الى التأثير فى اقتناع القاضى وان تكون جائزة القبول، فلا اثبات بمستحيل، ولا إثبات فى مسألة تخالف النظام العام والآداب العامة.

عبء الاثبات:

٢١١- اخذا من نص المادة الاولى من قانون الاثبات فانه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه.

وعلى ذلك فان عبء الاثبات يقع على المدعى فيجب عليه اقامة الدليل على صحة ما يدعيه وتقديم الأدلة التى تؤيد ما يدعيه.

ولذا أكدت محكمة النقض بانه من المقرر فى قواعد الاثبات ان البينة علي من يدعى خلاف الاصل بمعنى ان من يتمسك بالاثبات اصلا لا يكلف باثباته وانما يقع على من يدعى خلاف هذا الاصل اثبات ما يدعيه باعتبار انه مستحدث ولا تدعمه قرينة بقاء الاصل علي أصله(١)

---

(١) ولا ترقى فيما بسطناه آنفا الى مرتبة القاعدة القانونية العرفية.
(٢) نقض ١٩٧٢/١١/١٨ احكام النقض، س ٢٣، ص ١٢٥٧، رقم ١٩٨.

والمدعى في مجال الاثبات هو كل خصم يدعى خلاف الوضع الثابت اصلا او عرضا.

و المقصود بالوضع الثابت اصلا في الحقوق الشخصية براءة الذمة من أي التزام أي أن الأصل ان الشخص غير مدين فان ادعى شخص خلاف الاصل عليه اثباته وبعبارة أخرى من يتمسك ببراءة ذمته فانه يتمسك؛ بالوضع الثابت اصلا وبالتالي لا يقع عليه عبء أي اثبات.

وبالنسبة للحقوق العينية وهي فيما رأينا سلطة يباشرها شخص على شي معين بالذات الاصل فيها او الظاهر ان من يباشر هذه السلطات هو صاحب الحق فيها فالحائز لأرض ما يظهر عليها على أنه صاحب الحق فيها، وعلى من يدعى خلاف ذلك اثباته، أي اثبات انه المالك الحقيقي للعقار فإن عجز رفضت دعواه وان نجح اما ان يقر له الحائز بذلك واما ان يدعى بان الملكية برغم ثبوتها اصلا لصاحبها اصبحت له كحائز بطريق التقادم المكسب.

الوضع الثابت:

٢١٢- ثمة حالات ارتأى فيها المشرع صعوبة اثبات المدعى للواقعة القانونية بما يجعله يعجز عن الدفاع عن حقه، فقرر رعفاءه من عبء الاثبات كله او بعضه وانشأ قرائن قانونية يستطيع المدعى أن يتمسك بها فيستغنى بها عن تقديم الدليل.

والمقصود بالقرينة القانونية presumption legal حقيقة يعتبرها المشرع ثابتة عن طريق الاستنباط من ثبوت وقائع أخرى ومثال ذلك ان تقديم المستأجر ايصال الوفاء بالأجرة عن شهر مارس مثلا قرينة على سبق الوفاء بالأجرة عنه الاشهر السابقة عليه.

وقد ورد النص على ذلك بالمادة٥٨٧/ مدنى - ثبوت الوفاء بقسط الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة عليه.

فإذا انتهينا الى أن القرينة القانونية تنقل عبء الاثبات من المكلف به وفقا للقواعد العامة الى الطرف الاخر في الخصومة فإن القرائن القانونية تنقسم الى قرائن قاطعة لا يجوز اثبات عكسها وقرائن غير قاطعة يمكن اقامة الدليل على عكسها بجميع طرق الاثبات.

ويضرب الفقه مثلا على القرينة القاطعة presumption irref-regable بما نصت عليه المادة٣٧٨/مدنى، بتقادم بعض انواع الحقوق بمضى سنة واحدة(١) ولا يجوز دحض هذه القرينة الا بحلف اليمين بما يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقادم قرينة قاطعة على الوفاء بالدين.

ومثال القرينة القانونية غير القاطعة presumption simple ما ورد بنص المادة١٩ من قانون الاثبات بان التأشير على سند الدين بما

---

(١) وهى حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الاشياء وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما يصرفون لحسا عملاءهم وحقوق العمال والخدم والاجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، وما ورد بنص المادة ٥٨٧ مدنى مصرى بأن الوفاء بقسط من الاجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

طرق اثبات الحق بوجه عام:

٢١٣- تتنوع طرق اثبات الحقوق عموما بين الكتابة وشهادة الشهود ثم القرائن وحجية الامر المقضى به والاقرار واليمين.

أولاً : الكتابة:

٢١٤- نصت المادة ٦٠ من قانون الاثبات على وجوب الاثبات بالكتابة وعدم جواز الاثبات بالبينة فى التصرفات غير التجارية متى تجاوزت قميتها حدا معينا.

وبدا لا يستثنى من قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة الا التصرفات التجارية ايا كان قيمتها والتصرفات المدنية التى لا تجاوز قيتمها الحد المنصوص عليه قانونا وهو خمسمائة جنيه.

وإذا كانت القاعدة، هى وجوب الاثبات بالكتابة فى التصرفات المدنية التى تجاوز حدا معينا فقد أجاز القانون لصاحب الحق إعفاءه من تقديم دليل كتابى يوكد صحة ما يدعيه فى حالات ثلاث:

الاولى: إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابه.

الثانية: اذا وجد مانع مادي أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى.

الثالثة: اذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

اولاً: مبدأ الثبوت بالكتابة:

٢١٥- نصت المادة٦٢ من قانون الاثبات بانه يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

ويبين من النص المذكور أن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يقوم الا بتوافر شرائط ثلاثة:

الاول: وجود كتابة بما فيها الايصالات غير الموقعة، ودفاتر حسابات غير التجار، والمحاضر المثبته لأقوال الخصم.

الثاني: ان تكون الكتابة صادرة من الخصم وتعتبر الكتابة صادرة من الخصم اذا كانت بخطه، ولو لم تكن موقعه منه وعلى ذلك فان الايصال المكتو ب بخط الدائن قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة رغم عدم توقيعه عليه.

الثالث: ان يكون من شأن الكتابة جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

وهذه المسألة يترك تقديرها لقاضى الموضوع(١)

ثانياً : وجود مانع من الحصول علي دليل مكتوب:

٢١٦- والمعنى أنه يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابى إذا وجد مانع مادى، أو أدبى يحول دون الحصول علي دليل كتابى.

والمقصود بالمانع المادى ظروف خارجية تمنع الحصول على دليل مكتوب ويضرب الفقه مثلا على ذلك بالوديعة الاضطرارية اى إيداع شخص امواله لدى آخر لدفع خطر محدق عنها فلا تسمح الظروف بحصول علي دليل كتابى على الوديعة ما فى حالات الحرب او الحريق مثلا.

اما المانع الادبى فهو ينشأ عن اعتبارات معنوية تحول دون المطالبة بدليل كتابى، بما فى ذلك معاملات الاب مع اولاده.

ثالثاً : فقد الدليل الكتابى:

٢١٧- يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه.

ويشترط لتطبيق ذلك توافر شرطين : الاول سبق وجود سند مكتوب والثانى فقد السند لسبب أجنبى لا يد له فيه.

شهادة الشهود preuve testimonial

٢١٨- يمكن تعريف الشهادة بانها أخبار الشخص امام القضاء بواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لشخص آخر.

وللقاضي سلطة واسعة فى تقدير الاثبات بشهادة الشهود على عكس الحال بالنسبة للكتابة حيث يحكم لمن تقدم بالدليل المكتوب ما لم يطعن فيه بالتزوير ولذا أكدت محكمة النقض بان الاطمئنان الى شهادة الشهود من الامور التي يستقل بها قاضى الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل(١) وحكم بأن تقدير اقوال الشهود واستخلاص الوقائع منها مما يستقل به قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى تكوينه عقيدته مما يدلى به شهود احد الطرفين ما دام لم يخرج بذلك عما تحتمله اقوالهم(٢)

الحالات التي يجوز فيها لاثبات بالشهادة:

- الوقائع المادية .
- الأعمال القانونية التجارية
- الأعمال القانونية المدينة التى لا تجاوز قيتمها خمسمائة جنيه.

(١) نقض ١٩٧٦/٦/١٩ احكام النقض، ص٢٧، ص١١٣١.
(٢) نقض ١٩٧٢/٧/٢٣ احكام النقض، ص٢٣، ص٤٨١.

المحررات او الاوراق الرسمية:

٢١٩- يمكن تعريف المحررات الرسمية بانها الأوراق التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه او ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

ويشترط لصحة المحرر الرسمي ما يلي:

- ان يقوم بتحريره موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة.
- ان يكون الموظف سلطة، واختصاص بكتابته.
- ان يراعى فى تحريره الاوضاع القانونية المقررة.

حجية المحرر الرسمي:

٢٢٠- اذا استوفى المحرر الرسمى شرائطه الثلاثة فانه يعتبر حجة على جميع الناس بخصوص ما ورد به على لسان الموظف المكلف بتحريره ما لم يطعن فيه بالتزوير وحجة بما ورد به على لسان المتعاقدين إلى ان يثبت عكسه ويكون اثبات العكس من لمتعاقدين بالكتابة ومن الغير بجميع وسائل الاثبات.

ونلفت النظر بأن المحرر الرسمية لا تثبت حجيته الا اذا كان مظهره يتفق مع ما يجعله القانون من ثقة فى مضمونها وعلى ذلك إن وجد بها محو، أو كشط او تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية جاز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تسقط قيمتها فى الاثبات او ان تنقصها. ،وان كانتصحة

الورقة محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها ان تدعو الموظف حقيقة امرها.

أما اذا لم يستوف المحرر الرسمى شرائطه الثلاثة فلا تكون له من الحجية سوى قيمة المحرر العرفى بشرط ان يكون موقعا عليه من ذوى الشأن فيه.

المحررات العرفية:

٢٢٢- المحرر العرفي ، هو كل ورقة موقع عليها من شخص دون ان تكون صادرة عن موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة.

ولا يشترط فى المحرر العرفى سوى أن يكون موقعا عليه من الشخص الذى يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر.

ولا يهم ان يكون التوقيع بخط اليد، او ببصمة الاصبع، او بالختم وفى حالة التوقيع بالختم يستوى أن يقوم صاحب الختم بالتوقيع بنفسه او انه يكلف شخصا أخر باستعماله ختمه، طالما ان التوقيع تم فى حضوره ورضاه(١) أما التوقيع بالامضاء فيجب ان يكون بخط الموقع نفسه، فالقاعدة انه لا يجوز لشخص التوقيع على المحرر باسم شخص أخر، ولا يجوز للوكيل ان يوقع باسم موكله وانما يجب عليه ان يوقع باسمه الخاص وان يبرز صفته كوكيل عن صاحب الشأن.

(١) لبيب شنب:دروس فى نظرية الالتزام، الاثبات – أحكام الالتزام١٩٧٤، بند ٣٩.

حجية المحرر العرفي في الاثبات:

يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب آليه من خط او إمضاء او ختم او بصمه.

اما الوارث، او الخلف فلا يطلب منه الانكار ويمكن ان يحلف يمينا بانه لا يعلم ان الخط او الامضاء او الختم او البصمة هو لمن تلقي عنه الحق.

ومن يحتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه انكار الخط او الامضاء او الختم او بصمة الاصبع(١)

وعليه فان المحرر العرفي قد يعترف به الشخص المنسوب اليه وعندها فانه يكون حجة عليه بما ورد فيه الى أن يتمكن من اقامة الدليل على عكسه.

وإما ان ينكره، الشخص المنسوب اليه وعندها يفقد المحرر العرفي قوته في الاثبات الى أن يتمكن الطرف الآخر من تحقيق الخط واثبات صحة المحرر

الاقرار L' aven

٢٢٣- الاقرار على ما ورد بالمادة ١٠٣ من قانون الاثبات اعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك اثناء السير في

(١) المادة ١٤ من قانون الاثبات.

الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة وبهذا يتعين توفر شرائط ثلاثة لاعتبار الاقرار حجة على المقر هى :

١ - ان يصدر الاقرار من الخصم وهو امر بدهى فالخصم الذى يدعى عليه بواقعة معينة هو الذي يملك الاعتراف بها.

٢ - ان يصدر الاقرار امام القضاء ويستوى أن يكون القضاء عاديا أو اداريا او امام هيئة محكمين.

٣ - ان يصدر الاقرار اثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها.

ولا ريب بان اقرار الخصم بالواقعة وتوفر الشرائط السابقة بشأنه يحسم النزاع ويجعل الواقعة فى غير حاجة الى اثبات وذلك على خلافه الادلة الاخرى.

ونظرا لخطورة النتائج المترتبة على الاقرار يشترط فى المقر ان يكون اهلا للتصرف فى الحق المدعى به وان تكون ارادته حرة سليمة لأنه ينطوى على تصرف من جانب واحد ويتضمن نزول المقر عن حقه فى إثبات ما يدعيه(١)

---

(١) نقض ١/١١/١٩٨٧م احكام النقض، س ٢٩، ص ١٦٤٦.

الباب الرابع

الحماية القانونية للحق

تمهيد وتقسيم :

٢٢٤- ذكرنا بأن الحق استئثار شخص بقيمة معينة، فى ظل حماية القانون فالحماية القانونية عنصر فى الحق ولا حق بدون وسائل تحميه، وفضلا عن ذلك فالحماية القانونية هى التى تربط الحق بالقانون، بحيث لا يكتمل وجود الاول بغير الثانى انهما وجهان لمسألة واحدة.

ونلفت النظر بهذا الصدد الى مسألتين : الأولى أن الهدف من الحماية القانونية للحق هو تحقيق مصلحة صاحب الحق اذا كانت هذه المصلحة تتفق مع المصلحة العامة ولذا فالقانون لا يحمى صاحب الحق الا اذا تقيد فى استعمال حقه بقيود عدة، اذا تخلف واحد منها اعتبر متعسفا فى استعمال حقه فلا يتدخل لحمايته. وبعبارة أخرى فان نطاق الحماية مشروط بعدم تعسف صاحب الحق فى استعماله.

والمسألة الثانية، وهى نتيجة للأولى إن وسيلة الحماية القانونية تختلف باختلاف المصلحة المقصودة فهى الدعوى الجنائية اذا كان الاعتداءعلى الحق يمس بمصلحة عامة بما فى ذلك مثلا الاعتداء على الحقوق العامة و أو الحقوق اللصيقة بالشخصية.

أما اذا كان الاعتداء على حق خاص لآحاد الناس، فلا يمثل ذات الخطورة علي مصلحة الجماعة، وبالتالي فإن وسيل الحماية القانونية هى الدعوى المدنية.

٢٢٥- وفيما يلى نعرض وسائل الحماية القانونية للحقوق، فى (مبحث اول) ثم التعسف فى استعمال الحق، فى (مبحث ثان).

المبحث الأول

وسائل حماية الحق

٢٢٦- الحماية القانونية للحق، تختلف فيما رأينا باختلاف طبيعة الحق المقصود بالحماية فإن وقع الاعتداء على حق يمس مصلحة الجماعة كانت وسيلة الحماية هى الدعوى الجنائية وإن كان الاعتداء على حق خاص من الحقوق المالية فان وسيلة الحماية القانونية هى الدعوى المدنية وتفصيل ذلك فيما يلى:

المطلب الأول

الحماية الجنائية للحقوق

٢٢٧- اذا وقع اعتداء على حق ما يتصل بأمن او بمصلحة الجماعة فإن الاعتداء لا يعتبر واقعا علي صاحب الحق وحده بل على الجماعة نفسها.

وتبعا لذلك، إذا وقع اعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، التى تتصل بكيان المادى للانسان بما فى ذلك حق الانسان فى الحياة وحقه فى سلامة جسمه فان ذلك يتصل بمصلحة المجتمع وبالنظام العام فيه وبالتالى تصبح وسيلة الحماية القانونية هى الدعوى الجنائية أو العمومية وتصبح مسئولية المعتدى مسئولية جنائية، ويقتصر حق رفع الدعوى على النيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع فى الدعوى الجنائية.

إلا انه يجوز لمن لحقه ضرر من الجريمة ان يقيم نفسه مدعيا بالحق المدنى بالتعويض مثلا عما ينشأ عن الجريمة من اضرار مادية، أو أدبية ذلك أن الدعوى الجنائية قد تنتهى الى الحكم بالعقوبة على المعتدى والعقوبة وسيلة المجتمع للردع والزجر، اما الضرر الذى ترتب على الجريمة للمعتدي عليه فلا يتسنى دفعه الا برفع الدعوى المدنية لتعويضه عن اضرار الجريمة ووقف هذا الاعتداء.

على أن اجتماع شروط المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية لا يتحقق فقط بالنسبة للإعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية بل يتحقق كذلك

فى جرائم مالية أخرى بما فى ذلك السرقة او النصب او خيانة الامانة.

و أيا ما كان الامر فيجوز للمضرور من الجريمة رفع دعواه المدنية بالتعويض امام المحكمة الجنائية التى تنظر الدعوى الجنائية فيما يسمى بتبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية.

وإذا أصدرت المحكمة الجنائية حكماً فى الدعوى الجنائية فإن المحكمة المدنية التني تنظردعوى التعويض عن الجريمة تتقيد بما ورد فى الحكم الجنائى من وقائع.

المطلب الثانى

الحماية المدنية للحق

٢٨٩ – ذكرنا بان الاعتداء على الحقوق الخاصة للأفراد لا يكون ذات الخطورة بالنسبة للاعتداء على الحقوق التى تمس بمصلحة الجماعة ولذا فان وسيلة القانون لحماية الحقوق من الاعتداء تختلف باخلاف نوع الحق المعتدى عليه على النحو التالي:

أولاً : فى حالة الاعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية:

٢٢٩– نذكر بان الحقوق اللصيقة الشخصية هى الحقوق التي تتصل بالانسان لانه انسان وتهدف الى المحافظة على كيانه المادى أى حياته وسلامة جسمه وكيانه المعنوى أى اسمه، وسمعته وشرفه، وحقه فى مباشرة حرياته.

والاعتداء على أي من الحقوق اللصيقة بالشخصية يتولد عنه فيما ذكرنا – فضلاً عن الدعوى الجنائية حق المعتدى عليه أو ورثته فى رفع الدعوى المدنية بالتعويض عن الضرر، وبوقف الاعتداء ولذا نصت م ٥٠ من القانون المدنى بأنه كل من وقع اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

وعليه فان وقف الاعتداء والتعويض عن الضرر وسيلتان للحماية القانونية للحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية.

ثانياً : بالنسبة للحقوق المالية :

٢٣٠- الحقوق المالية - على ما رأينا - قد تكون عينية، او شخصية.

اما الاولى، فوسيلة الحماية هى الدعوى العينية بما فى ذلك دعاوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة ، ودعوى منع التعرض، ودعوى وقف الاعمال الجديدة) اذا تعلق الامر بمجرد الحيازة اى وضع اليد على ملك الغيربنية تملكه، بشروط واجراءات رسمها القانون.

وكذا، يجوز للمنتفع اذا اعتدي على حقه فى الانتفاع، ان يرفع دعوى على من ينكر حقه فى الانتفاع.

ويجوز لصاحب الارتفاق رد الحماية القانونية فى مواجهة من ينكر عليه حقه.

وفضلا عن الدعوى العينية - على النحو الى بسطناه - يجوز لصاحب الحق العينى ان يرفع االدعوى بالتعويض عما اصابه من ضرر.

اما بالنسبة للحقوق الشخصية وهي رابطة بين شخصين أو أكثر تخول لأحدهما وهو الدائن مطالبة الاخر المدين بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل او إعطاء شئ وبذا فإن وسائل حماية الدائن فى مواجهة المدين المتخلف عن الوفاء بالتزاماته متعددة فقد تكون بداية التنفيذ العينى الذى يتم - اذا توافرت شروطه - بجبر المدين على تنفيذ التزامه. فإذا لم تتوافر شرائط التنفيذ العينى أمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ بمقابل أى بالتعويض عما اصابه من ضرر يشمل الخسارة المتحققة والكسب الفائت.

المبحث الثانى

التعسف فى استعمال الحق

٢٣١- الحماية القانونية فيما رأينا ، وسيلة لحماية الحقوق بغية تحقيق مصلحة جديرة بالاعتبار أى مصلحة تستأهل حماية القانون ولا يتحقق ذلك فى صاحب الحق الذى يتعسف فى استعماله وترتيبا على ذلك فمن يستعمل حقه استعمالا غير مشروع يكون مسئولا بالتعويض عما يحدث من اضرار وعلى عكس ذلك فان من يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ من ضرر.

وفرق بين التعسف فى استعمال الحق وتجاوز حدود الحق فمن يتعسف فى استمال حقه يستعمل حقه فى الحدود المرسومة له ولكن القانون لا يقر هذا الاستعمال اما من يتجاوز حدود حقه لا يستعمل حقه فى نطاقه وانمايخرج عن هذا النطاق فيعتدى على حق الغير.

٢٣٢- وسوف نعرض بداية لأساس النظرية قبل ان نتناول حالات التعسف فى استعمال الحق، على التفصيل الآتي:

المحور الأول: اساس التعسف فى استعما حق

تمهيد وتقسيم:

٢٣٣- يربط بعض الفقه بين التعسف فى استعمال الحق وبين مجاوزته او الخروج عليه فينطاق المسئولية التقصيرية فيما يميز البعض الآخر بين التعسف فى استعمال الحق وبين الخطأ التقصيرى.

ونعرض لكل من الاتجاهين على التفصيل الآتي بيانه:

الاتجاه الاول : التعسف فى استعمال الحق وجه للمسئولية التقصيرية:

٢٣٤- ننوه من البداية ان هذا الاتجاه قد انقسم انصاره الى قسمين: الاول يسوي بين التعسف فى استعمال الحق وبين مجاوزة الحق او الخروج عليه على سند من القول بان الحق ينتهى حين يبدأ التعسف وبذا لا يوجد ما يسمي استعمال تعسفي للحق. ذلك ان التعسف فى الحقيقة تجاوز او خروج عن نطاق الحق.

كما ان العمل الواحد لا يمكن ان يكون موافقا للقانون ومخالفا فى آن واحد فلا يمكن وجود حق مع التعسف فى استعماله بينما يرى القسم الثانى من انصار هذا الاتجاه بان التعسف فى استعمال الحق لا يخرج عن كونه تطبيقا من تطبيقات الخطأ فى المسئولية التقصيرية اعتبارا بأن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى، وبذا فثمة مضرور دائما من استعمال الحقوق اى حينما يتعسف صاحبها فى استعمالها.

الاتجاه الثانى: التعسف فى استعمال الحق نوع متميز من الخطأ.

٢٣٥- يرى أنصار هذا الاتجاه بان التعسف فى استعمال الحق لا يعتبر خطأ تقصيريا بل هو خطأ من طبيعة خاصة Sui-Generis اى يستقل من حيث معياره ونطاقه عن الخطأ فى المسئولية التقصيرية وهو فى الحقيقة خطأ يتمثل فى الانحراف عن غاية الحق الاجتماعية.

وفى مرحلة تالية ذهب أنصار هذا الاتجاه الى ارتباط التعسف بفكرة الحق، واستقلالها لذلك بنظرية عامة خارج نطاق المسئولية التقصيرية وهو الاتجاه الذى تبناه المشرع المصرى ونص عليه بالمادة الخامسة من القانون المدنى.

المحور الثانى: حالات التعسف فى استعمال الحق:

٢٣٦- نصت المادة ٤/ مدنى على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

ونصت م ٥/ مدنى على أنه يكون استعمال الحق غير مشروع فى الحالات الآتية:

١ - اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغر.

٢ - اذا كانت المصالح التى يسعي الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيبه الغير من ضرر بسببها.

٣ - اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة.

ويبين من النص خصوصا ان معايير التعسف فى استعمال الحق ثلاثة، نعرض لها بالتفصيل الاتي:

اولاً : قصد الاضرار بالغير:

٢٣٧- يكون الشخص متعسفا فى استمال حقه، اذا استعمله قاصدا الاضرار بالغير ولا يغير من ذلك ان يكون استعمال الحق قد عاد على صاحبه ببعض المنفعة، كما لا يغير من اعتبار الشخص متعسفا فى هذه الحالة ان يختلط لديه قصد الاضرار بالغير مع قصد تحقيق منفعة له وترتيباعلى ذلك اذا بنى (أ) حائطا فى ملكه فالأصل انه يستعمل حقه إما اذا قصد من وراء البناء حجب النور او الهواء على جاره كان متعسفا فى استعمال حقه.

واذا قام صاحب العمل بفصل العامل لحالة من الحالات الواردة فهو يستعمل حقه فإن تبين ان الفصل كان بقصد الانتقام منه اوبقصد التشهير به كان متعسفا فى استعمال حقه.

ويبقى أن نوضح بان قصد الاضرار بالغير واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فى ذلك البينة او شهادة الشهود او القرائن بما فى ذلك مثلا ان صاحب الحق لم يكن له أية مصلحة او تبينان مصلحته تافهة(١)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، ص ٣٢.

ثانياً : ضآلة المصلحة مقارنة بالضرر:

٢٣٨- هذه الحالة تختلف عن سابقتها، فى أن صاحب الحق لا يستعمل بقصد الاضرار بالغير، وانّما بغية تحقيق مصلحة تعتبر تافهة مقارنة بما يصيب الغير من اضرار ويكون لمدعى التعسف فى هذه الحالة ان يثبت رجحان الضرر على المصلحة. فإن تبين ان المصلحة ترجح الضرر لا يكون صاحب الحق متعسفا فى استعمال حقه،. وتقدير ما اذا كانت المصلحة ضئيلة او تافهة مقارنة بالضرر الذى ينشأ أو غير ذلك مسألة موضوعية تحكم فيها محكمة الموضوع بدون رقابة من محكمة النقض. وتأكيدا لذلك نصت م ٢/٧١٨ مدنى على أنه «ليس لمالك الحائط بان يهدمه مختارا بدون عذر قوى اذا كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط».

ونصت م ١/١٠٢٩ مدنى على انقضاء حق الارتفاق اذا اصبح مجرد عبئ على ملك الغير. أى لم تعد المنفعة التي تعود منه ترجح الاضرار التي تترتب على العقار المرتفق به.

ثالثاً : عدم مشروعية المصلحه:

لا شك بأن الشخص يكون متعسفا فى استعمال حقه اذا كانت المصلحة التى يتغياها غير مشروعة بما فى ذلك مثلاً استعمال المنزل لأغراض منافية للآداب العامة وتعتبر المصلحة غير مشرعة كذلك بالنظر الى الباعث الذى دفع صاحب الحق الى استعمال حقه. فإذا كان الباعث

غير مشروع كانت المصلحة ذاتها غير مشروعة، وبذا يتعين على المحكمة ان تراقب الباعث على استعمال الحق للتحقق من مدى مشروعيته ومثال ذلك ان يفصل صاحب العمل أحد عماله بسبب نشاطه النقابى، حيث مرد عدم المشروعية هنا عدم مشروعية الباعث.

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
١ – وجود الارادة	٢٣١
٢ – طرق التعبير عن الارادة	٢٣٢
٣ – تطابق الارادتين	٢٣٦
١ – الايجاب	٢٣٧
٢ – القبول	٢٣٨
المحور الثاني : صحة الارادة (وعيوب الارادة)	٢٣٩
١ – الغلط	٢٤٠
٢ – التدليس	٢٤٣
٣ – الاكراه	٢٤٧
٤ – الاستغلال	٢٤٩
الفرع الثاني: محل العقد	٢٥٢
الفرع الثالث: السبب	٢٥٤
المطلب الثاني: جزاء تخلف أران العقد وشرائط صحته	٢٥٥
المبحث الثاني: آثار العقد	٢٥٨
الفصل الثاني: الوقائع القانونية كمصدر للحق	٢٦١
المطلب الأول: الواقعة القانونية كمصدر للحق الشخصي	٢٦٣
الفرع الاول: الفعل الضار	٢٦٣
الفرع الثاني: الإثراء بلا سبب	٢٦٩
المطلب الثاني: الواقعة القانونية كمصدر للحقوق العينية	٢٧٤

الموضوع	الصفحة